

TARJOAJAN SOPIMUKSEN TEKOTUOTTAMUS JULKISISSA HANKINNOISSA

Hankintayksikön toimenpiteet hankintaoikaisusta
vahingonkorvausvaatimukseen

Seija Rantala (29194)

Pro gradu – tutkielma

14.5.2014

Oikeustieteellinen tiedekunta

Lapin yliopisto

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Tarjoajan sopimuksentekotuottamus julkisissa hankinnoissa. Hankintayksikön toimenpiteet hankintaoikaisusta vahingonkorvausvaatimukseen.

Tekijä: Seija Rantala

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Oikeustieteen maisteri

Työn laji: Pro gradu tutkielma

Sivumäärä: XV + 87s.

Vuosi: kevät 2014

Tiivistelmä:

Tässä tutkielmassa on käsitelty julkisia hankintoja mahdollisesti kohtaavaa käytännön ongelmaa, jossa hankintapäätöksellä valittu palveluntuottaja tai sen tarjoama palvelu ei täytäkään hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia. Tämä puuttuva kelpoisuus huomataan hieman ennen hankintasopimuksen allekirjoitusta ja tilanne johtuu tarjoajan tarjouksessa antamista virheellisistä tiedoista. Tutkielman ensimmäisessä osassa selvitetään, mitä hankintayksikön tulee tehdä saadakseen valittua uuden, vähimmäisvaatimukset täyttävän palveluntuottajan. Ratkaisuvaihtoehtoina vertailtiin uuteen kilpailutukseen johtavaa hankintamenettelyn keskeyttämistä ja hankintayksikön itsensä tekemää hankintaoikaisua. Toisessa tutkielman osassa tutkittiin hankintayksikön oikeutta vahingonkorvaukseen ja perusteita tälle vahingonkorvausvaatimukselle.

Tätä käytännön ongelmaa on tutkielmassa tutkittu hankintalainsäädännön, oikeustapausten ja oikeuskirjallisuuden avulla. Lisäksi on etsitty vastauksia sopimus- ja vahingonkorvausoikeudesta. Koska tutkin käytännön ongelman ratkaisumahdollisuuksia lainsäädännön valossa, tutkielmaani voidaan pitää oikeusdogmatiikan alaan kuuluvana tutkielmana.

Hankintayksiköllä ei ole oikeutta vahingonkorvaukseen hankintalain mukaan ja vahingonkorvausta on vaadittava tarjoajalta vahingonkorvauslain tai sopimusoikeudellisten periaatteiden nojalla. Tässä kyseisessä tapauksessa on tapahtunut sopimuksentekotuottamus, sillä tarjoaja on erehdyttänyt tilaajaa antamalla vääriä tietoja tarjouskilpailun aikana. Jos sopimuksentekotuottamus katsotaan tapahtuneen sopimussuhteen ulkopuolella, sovelletaan vahingonkorvauslakia. Jos rikkomus taas katsotaan syntyneen sopimussuhteen kaltaisessa tilanteessa, voidaan vahingonkorvaustuomio perustaa pelkästään sopimusoikeudellisiin periaatteisiin. Sopimuksentekotuottamusta koskevia säädöksiä ei ole, joten asiaa käsitellään pelkästään sopimusoikeusperiaatteiden valossa. Julkisissa hankinnoissa vahingot ovat taloudellisia vahinkoja. Tapauskohteisesti vahingot voidaan korvata negatiivisen sopimusedun mukaisesti tai joissakin yksittäisissä tapauksissa vahingot korvataan positiivisen sopimusedun mukaan.

Avainsanat: julkiset hankinnat, hankintamenettelyn keskeyttäminen, hankintaoikaisu, sopimuksentekotuottamus, vahingonkorvaus

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X__

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X__

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi
X__

(vain Lappia koskevat)

SISÄLLYS

SISÄLLYS	IV
LÄHTEET	VII
LYHENTEET	XV
1. JOHDANTO	1
1.1. Tutkimusongelman esittely	2
1.2. Tutkimusmenetelmät	4
2. UUSI HANKINTAPÄÄTÖS	7
2.1. Soveltuuko hankinnan keskeyttäminen?	8
2.1.1. Hankinnan keskeyttäminen hankintalaissa	9
2.1.2. Hankintamenettelyn keskeyttämisen todelliset ja perustellut syyt	9
2.1.3. Tarjoajasta johtuva hankintamenettelyn keskeyttäminen	11
2.1.4. Kielletyt keskeyttämisperusteet ja kielletty hankintamenettelyn jatkaminen keskeyttämistä tekemättä	13
2.1.5. Tapauksen arviointia	14
2.2. Hankintaoikaisun mahdollisuus	15
2.2.1. Hankintaoikaisun lainsäädäntöperusta	16
2.2.2. Hankintaoikaisuun liittyvä oikeuskäytäntö	17
2.2.3. Tilanteet, joissa hankintaoikaisua ei voi tehdä	19
2.3. Yhteenveto uuden hankintapäätöksen osalta	20
3. HANKINTAYKSIKÖN VAHINGONKORVAUSOIKEUS	25
3.1. Kuka voi saada vahingonkorvausta hankintalain mukaan	25
3.2. Muun lainsäädännön mahdollisuudet	28
3.3. Vahingonkorvauksen vaatiminen	30
4. PERUSTEITA VAHINGONKORVAUSVAATIMUKSELLE	31
4.1. Tarjouksen sitovuus	31

4.2.	Ovatko tarjoaja ja hankintayksikkö sopimussuhteessa?	35
4.2.1.	Sopimuksen lähi-ilmiö	37
4.2.2.	Sopimus olosuhteiden perusteella	38
4.2.3.	Yhteenvedo	40
4.3.	Pidetäänkö hankintapäätöksen jälkeistä tilaa sopimusneuvotteluna?	40
5.	RIKKOMUS SOPIMUSNEUVOTTELUIDEN AIKANA	43
5.1.	Sopimuksentekotuottamuksen määritelmä	43
5.2.	Sopimusneuvotteluiden periaatteet	47
5.2.1.	Luottamuksensuoja	48
5.2.2.	Lojaliteettivelvollisuus tai lojaliteettiperiaate	50
6.	VAHINGONKORVAUS SOPIMUKSENTEKOTUOTTAMUKSESTA	53
6.1.	Edellytykset vahingonkorvaukselle	53
6.1.1.	Syy-yhteys	55
6.1.2.	Tuottamuksellisuus	56
6.1.3.	Vahingon ennakoitavuus	58
6.2.	Sopimuksentekotuottamuksen aiheuttamat kustannukset	59
6.2.1.	Neuvottelukustannukset	59
6.2.2.	Korvaava palvelu	60
6.2.3.	Saamatta jäänyt voitto	60
6.2.4.	Oikeudenkäyntikulut	62
6.3.	Vahingonkorvauksen määräytyminen	63
6.3.1.	Vahingonkorvaus sopimuksen ulkoisen vastuun mukaan	63
6.3.2.	Korvauksen määräytyminen sopimusoikeudellisen vastuun mukaan	67
6.3.3.	Vahingonkorvaus hankintalainsäädännössä	70
6.3.4.	Soveltuuko negatiivinen vai positiivinen sopimusetu	71
7.	JOHTOPÄÄTÖKSET JA POHDINTA	75
7.1.	Johtopäätökset	75

7.2. Pohdintaa	78
7.2.1. Riskinhallintakeinot.....	79
7.2.2. Riskinhallinnan arviointia	80
7.2.3. Sopimuksesta prosessina	81
7.2.4. Kaksi eri tuomioistuinta, kaksi eri päätöstä?	85
7.2.5. Jatkotutkimukset	86

LÄHTEET

Kirjallisuus

Eskola, S.; Ruohoniemi, E. (2011). *Julkiset hankinnat*. Helsinki, Suomi. Luettavissa osoitteessa <http://verkkokirjahylly.talentum.fi/login.ezproxy.ulapland.fi/teos/EAIBEXDTEF#koha:1>

Fukuyama, F. (1995). *Trust. The Social Virtues and the Creation of Prosperity*. The Free Press. New York. USA. Luettavissa osoitteessa http://www.amazon.com/Trust-Social-Virtues-Creation-Prosperity/dp/0684825252#reader_0684825252

Haapio, H. (2007). *An Ounce of Prevention... – Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success*. JFT 1/2007 s. 39–68

Halila, L., Aer, J. (2011). *Oikaisumenettely hallinnossa*. Helsinki: WSOY pro

Havu, K. (2010). *Tarjouskartellista aiheutuva vahinko ja hankintayksikön oikeus korvaukseen*. Edilex 2010/36. Luettavissa osoitteessa <http://www.edilex.fi/login.ezproxy.ulapland.fi/artikkelit/7372.pdf>.
Haettu 18. Helmikuu 2014 osoitteesta <http://www.edilex.fi/teema/hankinnat>

Hemmo, M. (1998). *Sopimus ja delikti*. Jyväskylä: Gummerus Kirjapaino Oy.

Hemmo, M. (2002). *Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta*. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002 - 2009 2002:26. Luettavissa osoitteessa: <http://www.oikeusministerio.fi/text/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/1146647725142/Files/edhagumegu.pdf>

Hemmo, M. (2003). *Sopimusoikeus I*. Jyväskylä: Gummerus Kirjapaino Oy.

Hemmo, M. (2005). *Vahingonkorvausoikeus*. Helsinki. Luettavissa osoitteessa <http://verkkokirjahylly.talentum.fi/login.ezproxy.ulapland.fi/teos/IAFBBXDTCF#koha:5>

Hirsijärvi, S.; Remes, P.; & Sajavaara, P. (2004). *Tutki ja kirjoita*. Jyväskylä: Kirjayhtymä Oy.

Husa, J.; Mutanen, A.; & Pohjolainen, T. (2008). *Kirjoitetaan juridiikkaa*. Helsinki: Talentum Media Oy.

von Ihering, R. (1861). *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei richtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*. s.1-112. Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrecht. Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek, Frankfurt am Main. Luettavissa osoitteesta:

http://dlib-zs.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/bigpage/%222084719_04%2b1861_0001%22

Iloranta, K.; & Pajunen-Muhonen, H. (2012). *Hankintojen johtaminen*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistaminen. (2008). Työryhmämietintöjä 2008:6. Oikeusministeriö. Helsinki

Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa. JYSE 2009 palvelut. (2009). Päivitetty 21.1.2010. Valtiovarainministeriö. Luettavissa osoitteessa:

http://www.vm.fi/vm/fi/04_julkaisut_ja_asiakirjat/01_julkaisut/08_muut_julkaisut/20100217Julkis/JYSE_2009_palvelut.pdf

Kaisto, J. (2009) *Varallisuus oikeus ja julkiset hankinnat*. Oikeustiede - Jurisprudentia 2009:XLII. s.125–259.

Kalima, K. (2007). *Tarjouksen valintaperusteet, tarjouksen vertailu ja hyväksyminen sekä hankintapäätöksen tekeminen*. Teoksessa: Kalima, K.; Häll, M.; Oksanen, A. (2007). *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki: Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ OY.

Karhu, J. (2004). *Muuttuvat olosuhteet ja sopimuksen sitovuus*. Lakimies 7-8/2004. s. 1449 – 1463.

Klami-Wetterstein, P. (2010) *Sopimuksentekotuottamukseen perustuva vahingonkorvaus*. Oikeustieto 4/2010 s.7-10.

Koskelainen, K.; Pohjonen, S.; Anttila, S.; Passera, S. (2013) *Kilpailutustemppuradasta hyvin hankintoihin*. PRO2ACT-hankkeen loppuraportti (Proaktiiviset sopimusprosessit julkisissa hankinnoissa – kumppanuuden ja yhteisinnovoinnin edistäjinä) 1.9.2010 - 31.8.2013. Luettavissa osoitteesta:

http://www.kunnat.net/fi/tietopankit/uutisia/2013/20130606pro2actjulkistamisseminaari/loppuraportti_kilpailutustemppuradasta_hyviin_hankintoihin.pdf

Kuntien yleiset hankintaohjeet 2007. Suomen kuntaliitto (toim. Antero Oksanen). Luettavissa osoitteessa

http://www.hankinnat.fi/fi/malleja-ja-lainsaadantoa/julkaisuja/Documents/Oksanen_kuntien_yleiset_hankintaohjeet_alkuosa_v_23.8.2010.pdf

Kuusniemi-Laine, A.; & Takala, P. (2008). *Julkiset hankinnat - käsikirja*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Mononen, M. (2004). *Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta?* LM 7-8/2004 s.1386

Mononen, M. (2005). *Huomioita sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden johdonmukaisuudesta*. Business Law Forum 2005 s. 91–118. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitos ja Edita publishing Oy. Helsinki.

Muukkonen, P.J. (1993). *Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate*. Lakimies 1993 s. 1030–1048.

Mähönen, J. (2000). *Lojaliteettivelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus*. Teoksessa: Saarnilehto, A. (toim.). *Varallisuusoikeuden kantavat periaatteet*. Werner Söderström Lakitieto Oy. Vantaa 2000.

Nystén-Haarala, S. (1999). *Sopimusoikeus ja sopimusten hallinta*. Lakimies 2/1999 s. 199–209

<http://www.edilex.fi/login.ezproxy.ulapland.fi/lakimies/1852.pdf>

Nystén-Haarala, S., Lee, N. and Lehto, J. (2010). *Flexibility in contract terms and contracting processes*. International Journal of Managing Projects in Business, Vol. 3, No. 3, pp. 462-478.

Oksanen, A. (2007). *Kunnan ja kuntayhtymän hankintojen erityispiirteitä*. Teoksessa: Kalima, K.; Häll, M.; Oksanen, A. (2007). *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki: Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ OY.

Pekkala, E.; Pohjonen, M. (2012). *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pöyhönen, J. (1988). Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen lakimiesyhdistys 1988. Vammala.

Pöyhönen, J. (1999). *Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa*. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXII s. 297–372.

Saarinen, K.-M. (2008). *Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa*. Helsinki: Edita Publishing Oy. Luettavissa osoitteessa
<http://www.edilex.fi/login.ezproxy.ulapland.fi/kirjat/7025.pdf>

Saarnilehto, A. (2002). *Sopimusoikeuden perusteet*. Helsinki. Lakimiesliiton kustannus.

Saarnilehto, A. (2009). *Sopimusoikeuden perusteet*. 2009. Luettavissa osoitteessa
http://haku.suomenlaki.com/login.ezproxy.ulapland.fi/#//Book/Book/%252FKIRJAT%252FJURIDICA%252F978-952-14-1374-2.xml/sec03_03

Ståhlberg, P.; Karhu, J. (2013). *Suomen vahingonkorvausoikeus*. 2013. Luettavissa osoitteessa:
http://haku.suomenlaki.com/login.ezproxy.ulapland.fi/#//Book/Book/%252FKIRJAT%252FVERKKOKIRJAT_2013%252F978-952-14-1930-0.xml/toc

Taxell, L.E. (1977). Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977, s. 148–155. Avtalsrättens normer. Några riktlinjer. Åbo 1987.

Tieva, A. (2006). *Luottamus, lojaliteettivelvollisuus ja liike-elämän pitkäkestoiset sopimukset*. Defensor Legis N:o 2/2006 s. 240 – 251.

Tieva, A. (2009). Sopimus - Sopimusneuvottelut - Sopimuksentekorikkomus - Vahingonkorvaus - Korvattava vahinko. Defensor Legis N:o 5/2009 s. 902 – 910.

Tolonen, H. (2000a). Sopimuksen sitovuus ja sopimusvapaus. Teoksessa: Saarnilehto, A. (toim.). Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet. Werner Söderström Lakitieto Oy. Vantaa 2000.

Tolonen, H. (2000b). Yhdenvertaisuus. Teoksessa: Saarnilehto, A. (toim.). Varallisuus oikeuden kantavat periaatteet. Werner Söderström Lakitieto Oy. Vantaa 2000.

Ukkola, M. (2013). *Oikeusvoima ja luottamuksensuojaperiaate julkisissa hankinnoissa*. Edilex 2013/24. Luettavissa osoitteessa www.edilex.fi/artikkelit/10759

Virtanen, P. (2003). *Suomen hankintalainsäädäntö*. teoksessa: Aalto-Setälä, I.; Aine, A.; Lehto, P.; Petäjäniemi-Björklund, A.; Stenborg, M.; Virtanen, P. Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. 3. uudistettu painos. Pieksämäki 2003.

Virtanen, P. (2008). *Suomen hankintalainsäädäntö*. teoksessa: Aalto-Setälä, I.; Aine, A.; Lehto, P.; Petäjäniemi-Björklund, A.; Stenborg, M.; Virtanen, P. Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Tallinna 2008.

Elektroniset lähteet

<http://www.hankinnat.fi/fi/hankintaprosessi/muutoksenhaku/hankintaoikaisu/Sivut/default.aspx> (luettu 28.4.2014)

http://www.logistiikanmaailma.fi/wiki/Julkiset_hankinnat_%E2%80%93_hankintojen_kehitt%C3%A4minen_julkissektorilla#Hankintojen_riskienhallinta (luettu 28.4.2014)

Virallislähteet

Euroopan neuvoston direktiivi 93/36/ETY

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta

Hallintolainkäyttölaki (586/1996)

Hallintolaki (434/2003)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (HE 69/1997)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (Hankintalaki) (HE 50/2006)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta (HE 190/2009)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 182/2010)

Kauppalaki (355/1987)

Laki julkisista hankinnoista (348/2007)

Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (321/2010)

Laki julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (699/2011)

Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978)

Laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (1233/2006)

Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929)

Laki velan vanhentumisesta (728/2003)

Neuvoston direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/36/ETY julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Oikeudenkäymiskaari (4/1734)

Vahingonkorvauslaki (412/1974)

Oikeuskäytäntö

Markkinaoikeus

MaO:20/I/02-21/I/02

MaO:221/05

MaO:330/09

MaO:594/10

MaO:107/10

MaO:379/10

MaO:421/10

MaO:401/10

MaO:62 - 63/11

MaO:485/11

MaO:533/11

MaO:78/12

MaO:238-239/12

MaO:342/12

MaO:353/12

MaO:359/12

MaO:531/12

MaO:114/13

MaO:116/13

MaO:135/13

MaO:162-173/13

MaO:191/13

MaO:200/13

MaO:206/13

MaO:239/13

MaO:289/13

MaO:310/13

MaO:322/13

MaO:387/13

MaO:525/13

MaO:533/13

MaO:452/13

MaO:105/14

MaO:197–198/14

Korkein hallinto-oikeus

KHO:2001:2973

KHO:2004:29

KHO:2005:3357

KHO:2009:2376

KHO:2011:268

Korkein oikeus

KKO:1984:181

KKO:1990:26

KKO:1996:84

KKO:1999:48

KKO:2005:105

KKO:2008:57

KKO:2008:91

KKO:2009:45

KKO:2011:6

KKO:2011:54

Muut

KouHO:2010:8

LYHENTEET

EU	Euroopan unioni
HE	hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KouHO	Kouvolan hovioikeus
MaO	Markkinaoikeus
OikTL	laki varallisuus oikeudellista oikeustoimista (228/1929), oikeustoimilaki
VahL	vahingonkorvauslaki (412/1974)

1. JOHDANTO

Tutkielmani käsittelee julkisia hankintoja hankintayksikön näkökulmasta. Olen tarkastellut oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä esiintyviä hankintayksikölle tarkoitettuja oikeusohjeita, kuinka sen tulisi toimia huomatessaan, ettei hankintasopimusta voida allekirjoittaa hankintayksikön valitseman tarjoajan kanssa tarjoajan juuri ennen hankintasopimuksen allekirjoitusta ilmenneen puutteellisen kelpoisuuden vuoksi. Lisäksi olen selvittänyt kirjallisuuden ja oikeuskäytännön avulla hankintayksikön mahdollisuuksia saada vahingonkorvausta hankintamenettelyn aikana tarjoajan antamien väärin tietojen ja toteutumattomien lupauksen vuoksi aiheutuneista vahingoista.

Hankintamenettelyn keskeyttäminen johtuu yleensä hankintayksikön laatimasta epäselvästä tarjouspyynnöstä tai hankintayksikön tekemästä virheestä tarjousten vertailussa. Selvitin tutkielmassani tilannetta, jossa hankintayksikkö on toiminut virheettömästi ja vilpittömässä mielessä, mutta tarjoaja on antanut väärää tietoa kelpoisuudestaan tai tarjoamansa palvelun laadusta. Yleisenä käytäntönä julkisissa hankinnoissa on se, että tarjousasiakirjoissa vaaditaan lupaus tarjoajalle ja palvelulle laadittujen edellytysten täyttymisestä sekä vakuutusta, ettei tarjoaja ole syylistynyt hankintalain vastaisiin tekoihin¹. Tällainen tarjousasiakirjojen muoto on katsottu riittäväksi hankintayksikön selvitysvelvollisuudeksi tarjousten jättövaiheessa. Kilpailutuksessa voi päästä eteenpäin lupaamalla, että ehdottomiin edellytyksiin kuuluva kelpoisuus täyttyy ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Tällainen lupaus voi koskea esimerkiksi tietyt kelpoisuusvaatimukset täyttävää henkilöstöä, jonka ei tarvitse olla rekrytoituna tarjouksen jättöhetkellä. Jos tämä tarjouksessa annettu lupaus ei sitten toteudukaan, kuinka hankintayksikön tulee toimia saadakseen vaatimukset täyttävän tarjoajan tai palvelun? Tämä aihealueen käsittely kattaa tutkielman ensimmäisen osan.

Toisessa osassa käsittelen vahingonkorvaustapauksia julkisissa hankinnoissa hankintayksikön näkökulmasta. Julkisten hankintojen vahingonkorvaustapauksia on oikeuskäytännössä vähän. Ne ovat hankintalain

¹ Pekkala, Pohjonen(2012) s. 358

mukaisia tarjoajien ja ehdokkaiden nostamia vahingonkorvauskanteita. Sen lisäksi, että oikeuskäytäntöä on vähän, vahingonkorvauksista julkisissa hankinnoista on Suomessa kirjoitettu niukasti. Kirsi-Maria Saarisen kirja vahingonkorvauksista julkisissa hankinnoissa käsittelee asiaa tarjoajan näkökulmasta². Hankintayksikön näkökulmasta vahingonkorvausoikeutta koskevaa kirjallisuutta ei juuri ole. Katri Havu on kyllä tutkinut hankintayksikön vahingonkorvausoikeutta, mutta asfalttikartellin ratkaisussa hankintayksiköt saivat vahingonkorvausta kilpailunrajoituslain rikkomuksen perusteella, ei hankintalainsäädännön perusteella³. Halusin tutkia, onko hankintayksiköllä oikeutta saada vahingonkorvausta julkisten hankintojen osalta hankintalainsäädännön tai muun lainsäädännön perusteella, kun virhe johtuu tarjoajan tarjouskilpailun aikana antamista virheellisistä tiedoista.

1.1. Tutkimusongelman esittely

Käsittelen tässä tutkielmassani käytännön ongelmaa, joka voisi toteutua hankintayksikön tekemän hankintapäätöksen jälkeen. Ajatellaan, että hankintayksikkö on listannut tarjouspyyntöön hankintalain mukaisia ehtoja, jotka tarjoajien tai tarjottavan palvelun pitää ehdottomasti täyttää päästäkseen tarjousvertailuun. Tarjoajaa pyydetään esittämään vaadittavat selvitykset tarjouspyynnön liitteenä tai antamaan vakuutuksen siitä, että vaatimukset täyttyvät ennen hankintasopimuksen allekirjoitusta⁴. Tämä toimintatapa antaa alueella aloittaville toiminnanharjoittajille mahdollisuuden tehdä tarjouksia uudella toimialalla tai -alueella. Siksi käytännössä selvitykset ja todistukset on pyydetty vain voittaneelta tarjoajalta ennen sopimusten allekirjoitusta⁵. Uusi hankintadirektiivi (2014/24/EU) julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta säättää artiklassa 59 samanlaisesta käytännöstä eli tarjoajan oma vakuutus riittää alkuvaiheessa kelpoisuuden selvitykseksi, mutta

² Saarinen (2008)

³ Havu (2010) s. 2

⁴ Iloranta, Pajunen-Muhonen (2012) s. 396

⁵ Eskola, Ruohoniemi (2011) s. 332

hankintayksikön on tarkistettava tiedot ennen sopimuksen allekirjoittamista. Lisäksi syinä tämänkaltaiseen ovat olleet hankintayksikön tekemän hallintotyön vähentäminen sekä tarjoajalta vaadittavien tarjousasiakirjojen määrän kohtuullisena pitäminen⁶.

Tarjoaja on siis luvannut tarjousta tehdessään, että hankintasopimuksen allekirjoittamiseen mennessä vähimmäisvaatimukset ovat kunnossa. Vähimmäisvaatimus voi olla tarjoajien toimintaedellytysten lisäksi myös palvelun laatuun vaikuttavia vaatimuksia, esimerkiksi tietyn koulutuksen saanut henkilökunta tai toimialan lainsäädännön edellyttämät asianmukaiset toimitilat. Kilpailutus on siis tehty ja voittaja valittu. Palvelun järjestämisvastuussa oleva tilaaja eli hankintayksikkö on luottanut tarjouksessa annettuihin lupauksiin ja ryhtynyt tarvittaviin toimenpiteisiin. Tilaaja on irtisanonut palvelusopimuksen vanhan toimittajan kanssa. Lisäksi tilaaja on tarjoajien muutoksenhakuajan umpeuduttua ryhtynyt valmistelemaan uutta sopimusta. Kaikki näyttäisi olevan kunnossa.

Kuitenkin ennen hankintasopimuksen allekirjoitusta ilmenee, että tarjouskilpailun voittaja, valittu tarjoaja ei pystykään täyttämään tilaajan edellyttämiä, tarjouksessa lupaamiaan vähimmäisvaatimuksia. Palvelusopimukset entisen tuottajan kanssa päättyvät pian eikä hankintasopimusta voida tämän uuden tuottajan kanssa solmia. Hankintayksikkö on palvelun järjestämisvastuussa oleva tilaaja ja palvelu on kuntalaisilleen pakko järjestää. Kuinka tässä tilanteessa tilaajan tulee toimia?

Käsittelen tutkielmassani asiaa hankintayksikön kannalta. Hankintasopimusta ei ole eikä voida kyseisen tuottajan kanssa tehdä. Onko mahdollista keskeyttää hankinta vai onko oikea toimintatapa tehdä hankintaoikaisu? Aikaa entisen sopimuksen päättymiseen on vähän, joten palvelusopimuksen jatkaminen entisen tuottajan kanssa on ehkä ainoa mahdollisuus turvata palvelun saanti. Mutta suostuuko aikaisempi tuottaja jo irtisanotun palvelusopimuksen jatkamiseen ja millä hinnalla? Jos ostosopimuksen jatkaminen on mahdollista, voi se tulla hankintayksikölle huomattavasti kalliimmaksi kuin aikaisempi sopimus. Onko hankintayksikkö oikeutettu saamaan vahingonkorvausta

⁶ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 361

tarjoajan katteettomista lupauksista johtuvista ylimääräisistä kustannuksista ja uuden palvelusopimuksen solmimisen viivästymisestä aiheutuneista kuluista?

Esitän tutkimusongelmani muutaman kysymyksen avulla.

1. Kuinka hankintayksikön tulee toimia, että se saa valittua uuden palveluntuottajan?
 - a. Pitääkö hankinta keskeyttää ja järjestää uusi tarjouskilpailu?
 - b. Pitääkö hankintayksikön tehdä hankintaoikaisu, joka käsittää ensiksi voittaneen tarjouksen hylkäämisen ja uuden tarjoajan valinnan?
2. Onko hankintayksikön mahdollista saada vahingonkorvausta viivästyneen hankintasopimuksen solmimisen aiheutuneista ylimääräisistä kustannuksista?
 - a. Mikä on tarjouksen sitovuus?
 - b. Millä perusteella vahingonkorvaus voidaan määrätä maksettavaksi?
 - c. Minkälaisesta vahingosta hankintayksiköllä on mahdollisuus saada vahingonkorvausta?

1.2. Tutkimusmenetelmät

Oikeusdogmatiikan tehtävänä on selvittää, miten tarkasteltavana olevan oikeudellinen ongelma tulee voimassa olevien säädösten pohjalta ratkaista⁷. Tarkastelen tutkielmassani käytännön ongelman ratkaisumahdollisuuksia ja siihen liittyviä tulkintavaihtoehtoja hankinta-, oikeustoimi- ja vahingonkorvauslainsäädännön valossa. Tämän ratkaisuaselman vuoksi tutkielmani voidaan lukea oikeusdogmaattiseksi tutkielmaksi.

Uuden toimittajan valitsemisen ongelmaa olen pohtinut hankintayksikön näkökulmasta tarkastelemalla hankintalainsäädännön ja oikeuskirjallisuuden

⁷ Husa, Mutanen, Pohjolainen (2008) s. 20

esittämiä mahdollisuuksia. Lisäksi olen tarkastellut markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden päätöksiä koskien hankintamenettelyn keskeyttämistä.

Kesäkuun alussa 2010 tuli voimaan hankintalain muutos 321/2010, jossa parannettiin tarjoajien, mutta myös hankintayksikön muutoksenhakumahdollisuuksia ja tuolloin hankintalakiin tuli mm. hankintaoikaisun mahdollisuus. Hankintaoikaisua koskevia ratkaisuja markkinaoikeus on antanut yli 40 ratkaisua, mutta korkeimmassa hallinto-oikeudessa hankintaoikaisutapauksia ei ole käsitelty.

Toinen hankintalain muutos, jolla on merkitystä tutkielman aiheeni käsittelyssä on hankintalain muutos 699/2011, joka tuli voimaan lokakuun alussa 2011. Tämä hankintalain muutos taas koski hankintamenettelyn keskeyttämistä. Lain muutoksen voimaantulon jälkeen markkinaoikeuden on antanut noin 60 kappaletta ratkaisuja, joissa kyseessä on ollut hankintamenettelyn keskeyttäminen. Hankintamenettelyn keskeyttämisestä on annettu ratkaisuja myös ennen kuin keskeyttämisen mahdollisuus oli kirjattu kansalliseen lakiin julkisista hankinnoista. Korkein hallinto-oikeus on antanut kolme ratkaisua koskien hankintamenettelyn keskeyttämistä ennen hankintalain muutoksen voimaan tuloa ja yhden muutoksen jälkeen⁸.

Tutkielman toisen osan muodostaa vahingonkorvausoikeuden osuus. Tutkin hankintayksikön vahingonkorvausoikeuden mahdollisuutta, joka on vasta vähän oikeuskirjallisuudessa ja – käytännössä esillä ollut asia. Tutkielmaani voidaan pitää kartoittavana tutkielmana, koska sen tarkoituksena on selvittää soveltuvatko tähän tilanteeseen hankintalainsäädännön, vahingonkorvausoikeuden vai sopimusoikeudelliset säädökset⁹. Tutkin myös sitä mahdollisuutta, onko kyseessä oleva tilanne sopimusneuvottelu vai ei. Jos hankintayksiköllä olisi oikeus vahingonkorvaukseen, täyttyvätkö tässä tilanteessa vahingonkorvauksen saamiselta edellytetyt kriteerit. Tämän osa-alueen aineistoa olen etsinyt korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien

⁸ ennen lakimuutosta annetut ratkaisut KHO:2001/2973, KHO:2004/29, KHO:3357/2005 ja lakimuutoksen jälkeen annettu ratkaisu KHO:268/2011

⁹ Hirsijärvi, Remes, Sajavaara (2004) s. 129

ratkaisuista sekä vahingonkorvauksiin liittyvästä lainsäädännöstä ja kirjallisuudesta.

2. UUSI HANKINTAPÄÄTÖS

Hankintayksikkö on tehnyt valinnan tarjouksen jättäneistä tarjoajista, jotka ovat tarjouspyynnössä esitetyllä vakuutuksella luvanneet täyttää tilaajan tarjoajalle ja palvelulle esitetyt vaatimukset ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:485/11 on kirjattuna nykyisen oikeuskäytännön mukainen ajallinen vaatimus vähimmäisvaatimusten täyttymisestä.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tarjoajalta ei voida edellyttää, että sillä täytyisi jo tarjouksen tekohetkellä olla käytettävissään esimerkiksi liikenteen harjoittamista varten tarpeelliset liikenneluvat. Riittävää on, että tarjoaja on osoittanut hankintayksikölle luotettavalla todennäköisyydellä, että sillä sopimuksen täyttämisen alkaessa on siihen edellytykset.

Hankintayksiköllä ei ole ollut perusteltua syytä epäillä, etteivätkö tarjoajat vaatimusten täyttämiseen pystyisi, joten se luotti tarjoajien antamiin lupauksiin. Hankintayksiköllä on oikeus luottaa tarjouksen sisällön oikeellisuuteen, kuten markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:105/14 todetaan, jossa valittaja väitti yhden tarjouksen olevan tarjouspyynnön vastainen, tuomioistuin perusteli päätöstään mm. sillä, että hankintayksiköllä on oikeus luottaa tarjouksen sisällön oikeellisuuteen.

Tarjoajien valitusajan umpeuduttua hankintapäätöksen jälkeen tilaaja on ryhtynyt toimenpiteisiin valmistautuakseen palveluntuottajan vaihtumiseen ja irtisanonut asianmukaisesti sopimuksen aikaisemman tuottajan kanssa. Hankintasopimusta uuden tuottajan kanssa on myös ryhdytty valmistelevaan. Ennen hankintasopimuksen allekirjoitusta tilaaja pyytää tarjoajaa toimittamaan tiedot tarjouspyynnön vaatimusten täyttymisestä. Tässä vaiheessa huomataan, että tarjoaja ei täytä tilaajan esittämiä ehdottomia vaatimuksia. Jos tilaaja olisi tiennyt tarjoajan tilanteen tarjousten käsittelyvaiheessa, tilaajan eli hankintayksikön olisi pitänyt hankintalain 52§:n mukaan sulkea kyseinen tarjoaja ja tarjous kokonaan pois tarjouskilpailusta tarjouspyynnön vastaisena.

Hankintasopimusta ei ole siis vielä allekirjoitettu, mutta millä tavoin toimimalla hankintayksikkö saa valittua uuden, vaatimukset täyttävän palveluntuottajan?

Pitääkö keskeyttää koko hankinta? Onko oikea toimintatapa tehdä hankintaoikaisu vai kuinka hankintayksikön tulisi toimia?

2.1. Soveltuuko hankinnan keskeyttäminen?

Ensimmäisenä käsittelen hankintayksikön mahdollisuutta tilanteen ratkaisemiseen hankintamenettelyn keskeyttämisellä. Hallituksen esityksessä laiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 182/2010) hankinnan keskeyttäminen määritellään seuraavasti:

Hankinnan keskeyttäminen tarkoittaa asiallisesti hankintamenettelyn päättämistä hankintaa tekemättä, vaikka hankintayksikön hankintatarve pysyisikin ennallaan. Hankintayksikkö voi päätyä keskeyttämisen jälkeen toteuttamaan hankinnan omana työnään tai käynnistämään uuden hankintamenettelyn, joka on keskeytettyyn hankintamenettelyyn nähden kuitenkin erillinen ja uusi prosessi. Jos hankinta päätetään toteuttaa myöhemmin, hankintayksikön tulisi varmistaa, että aiempaan menettelyyn osallistuneet tarjoajat eivät saa uudessa tarjouskilpailussa perusteetonta etua tai haittaa keskeytettyyn menettelyyn osallistumisen johdosta.

Tutkielman aiheena oleva hankinta koskee tilaajan järjestämisvastuulle kuuluvaa palvelua ja palvelun tarve on edelleen olemassa, joten hankinnasta ei voida kokonaan luopua. Aivan kuin markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:421/10, jossa markkinaoikeus kehottaa hankintayksikköä tekemään palvelun tuotantotapaa koskevan päätöksen ennen hankintamenettelyn käynnistämistä, tilaajaorganisaatiossa on tehty strateginen päätös hankinnan kohteena oleva palvelun hankkimisesta ulkoiselta palveluntuottajalta eikä palvelua näin ollen tuoteta omana toimintana. Näistä hallituksen esityksessä mainituista hankintamenettelyn keskeyttämisen perusteista tässä kyseisessä hankinatatapauksessa hankintayksikön pohdittavaksi jää se, onko perusteita hankinnan keskeyttämiselle ja sen jälkeen kokonaan uudelle tarjouskilpailulle.

2.1.1. Hankinnan keskeyttäminen hankintalaissa

Lakiin julkisista hankinnoista hankintamenettelyn keskeyttäminen tuli vasta 1.10.2011 voimaan tullessa hankintalain muutoksessa. Muutoksen myötä hankintalakiin säädettiin uusi pykälä, 73a§, jonka mukaan hankinta on mahdollista keskeyttää todellisesta ja perustellusta syystä. Hallituksen esityksessä hankintalain muuttamiseksi (HE 182/2010) sanotaan, että tällä lisätyllä pykälällä halutaan vain vakiinnuttaa jo vallitseva käytäntö. Keskeyttämisen arvioinnissa tulee ottaa huomioon ne seikat, jotka vaikuttavat tarjoajien tasapuoliseen kohteluun. Hankinnan keskeyttämisestä on hankintalain 73§:n mukaan tehtävä perusteltu päätös, joka annetaan tiedoksi tarjouskilpailuun osallistuneille. Päätöksestä on ilmentävä perustelut hankintamenettelyn keskeyttämiseen. Perustelut on esitettävä sillä tarkkuudella, että tarjoajat voivat arvioida, onko hankinnan keskeyttäminen tehty lain sallimilla perusteilla. Valituskelpoisen päätöksen tiedoksi saatuaan tarjoajat punnitsevat, tekevätkö he hankintamenettelyn keskeyttämispäätöksestä valituksen markkinaoikeuteen¹⁰. Tästä uudesta päätöksestä alkaa uusi valitusaika kulumaan normaaliin tapaan.

2.1.2. Hankintamenettelyn keskeyttämisen todelliset ja perustellut syyt

Oikeuskäytännössä on siis ollut mahdollisuus hankinnan keskeyttämiseen hankintasopimusta tekemättä jo ennen kuin siitä säädettiin kansallisessa hankintalainsäädännössä. Tarkastelen tässä tutkielmassani kuitenkin, millaisia seikkoja oikeuskäytännössä hankintalain muutoksen jälkeen on pidetty todellisina ja perusteltuina syinä. Markkinaoikeus on antanut hankintalain muutoksen jälkeen noin 60 ratkaisua hankintamenettelyn keskeyttämisestä (luettu 15.4.2014 www.finlex.fi). Ensimmäinen ratkaisu hankintalain muutoksen jälkeen, jossa sovellettiin uutta hankintamenettelyn keskeyttämisen mahdollistavaa pykälää, on MaO:533/11 ja se on annettu 18.11.2011. Olen tarkastellut näitä lakimuutoksen jälkeen annettuja markkinaoikeuden ratkaisuja ja verrannut oikeudellista tilannetta tutkielman aiheena olevaan tilanteeseen.

¹⁰ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 574

Oikeuskäytännön mukaan hyväksyttävä hankintamenettelyn keskeyttämisperuste voi olla esimerkiksi hankintayksikön muuttunut taloudellinen tilanne, hankinnan kohteen tai tarpeen muuttuminen hankinnan aikana. Esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:191/13 hankintayksikkö on perustellut hankintamenettelyn keskeyttämistä sillä, että hankinta oli ollut osa unionirahoitteista projektia ja projektiin saatu rahoitus sekä talousarvioon varattu määräraha olivat kokonaan käytetty ja hankinta keskeytettiin.

Hankinnan kohteen muuttumisesta kuvaavana tapauksena voi olla esimerkkinä markkinaoikeuden antama ratkaisu vuodelta 2012 MaO:342/12. Hankintayksikkö oli perustellut kirjaston kävijälaskentajärjestelmän hankintamenettelyn keskeyttämistä sillä, että markkinoille oli tullut uutta teknologiaa, jota ei vielä ollut keväällä 2010 tarvemäärittelyä ja markkinakartoituksesta tehtäessä. Hankinnan kohde oli siis muuttunut siten, että tarjouspyyntö oli tehty vanhan teknologian mukaan ja tarjoukset olivat jo uuden teknologian mukaiset.

Tarpeen muuttumista tarjouspyynnön lähettämisen jälkeen on pidetty hyväksyttävänä ja perusteltuna syynä hankinnan keskeyttämiselle esimerkiksi markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:353/12, jossa Oulun yliopiston av-latteiden hankinnan tarve oli muuttunut tarjouspyynnön lähettämisen jälkeen. Tarjouspyynnöstä oli puuttunut av-laitteita, joita hankintayksikkö olisi ehdottomasti tarvinnut ja jotka olisi pitänyt ottaa mukaan hintavertailuun.

Hankintayksikön tekemä virhe jossain hankintamenettelyn vaiheessa oli yleinen syy hankintamenettelyn keskeyttämiseen. Virhe oli voinut tapahtua ilmoitusmenettelyssä, tarjouspyynnön laatimisessa tai tarjousten vertailussa. Ilmoitusmenettelyn virheestä esimerkkinä on markkinaoikeuden tapaus MAO:452/13, jossa hankintayksikkö oli tehnyt virhearvioinnin suoramankinnan edellytyksissä eikä ollut tehnyt hankintailmoitusta. Tällainen virhe hankintamenettelyssä on todettu olevan todellinen ja perusteltu syy hankintamenettelyn keskeyttämiselle.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:387/13 Rauman kaupunki oli ollut hankkimassa IV-tarvikkeita ja asennusta. Tarjousten yhteenvetoa tehtäessä hankintayksikkö oli huomannut, että tarjouspyynnössä on virhe. Hankintayksikön hankintailmoitus Hilmaan oli tehty rakennusurakkana, vaikka

kyseessä oli selkeästi tavarahankinta. Lisäksi tarjouslomakkeessa oli yksilöity tuote, mutta ei mainittu 'tai vastaava'. Markkinaoikeus oli ratkaisussaan todennut, että hankintayksikkö oli tehnyt hankintamenettelyn aikana eli tarjouspyyntövaiheessa kaksi oleellista virhettä. Näiden virheiden vuoksi hankintayksiköllä oli asianmukainen ja riittävä syy hankinnan keskeyttämiselle.

Jos hankintayksikkö ei ole saanut halutunkaltaisia tai yhteismitallisia ja vertailtavia tarjouksia tarjouspyynnön puutteellisuuden tai epäselvyyden vuoksi, se on voinut keskeyttää hankinnan. Tällainen vertailtavuusongelma huomataan vasta, kun tarjouspyynnot on avattu. Tarjoajat eivät ole ymmärtäneetkään tarjouspyyntöä siten, kuin tilaaja on sen tarkoittanut. Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:310/13 hankintayksikkö oli tarkoittanut, että ajanoton videovarmennuksen olisi tullut toimia itsenäisenä ajanottojärjestelmänä, mutta tämä vaatimus ei ollut ilmennyt tarjouspyynnöstä. Hankintayksikkö ei näin ollen saanut halutunlaisia tarjouksia ja oli keskeyttänyt hankinnan ja järjestänyt uuden kilpailutuksen. Markkinaoikeus totesi, että hankintayksiköllä oli ollut hankintalain 73 a §:ssä tarkoitettu todellinen ja perusteltu syy hankintamenettelyn keskeyttämiseen.

Tarjouspyynnön epäselvyys tai jokin muu seikka voi aiheuttaa myös sen, että hankintayksikkö saa vain yhden tarjouksen. Markkinaoikeus on katsonut todelliseksi ja perustelluksi syyksi keskeyttää hankinta myös sen, että on saatu vain yksi hyväksyttävä tarjous (MaO:239/13).

Markkinaoikeus toteaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hyväksyttävänä hankinnan keskeyttämisen perusteena on katsottu olevan, että hankinnasta on saatu vain yksi hyväksyttäväksi katsottu tarjous. Hankintaviranomaisen on myös tässä tilanteessa hankinnan keskeyttäessään meneteltävä tarjoajia kohtaan syrjimättömästi.

2.1.3. Tarjoajasta johtuva hankintamenettelyn keskeyttäminen

Edellä olen tarkastellut tapauksia, joissa hankintamenettelyn keskeyttäminen on johtunut hankintayksiköstä. Seuraavaksi tarkastelen niitä markkinaoikeuden tapauksia, joissa hankintamenettelyn keskeyttämisen syy on ollut tarjoajan tai palvelun ominaisuuksissa tai tarjoajan menettelyssä. Tarjoajien puuttuva

osaaminen voi olla yksi tarjoajaosapuolesta johtuva hankintamenettelyn keskeyttämisperuste, kuten oli markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:531/12. Hankintayksikkö ei tehnyt lainkaan konsulttipalveluiden hankintaa, koska tarjoajilta ei löytynyt kyseiseen palveluosiin osaamista.

Jos yritys ei täytä hankintayksikön vähimmäisvaatimuksia, se voidaan sulkea pois tarjouskilpailusta. Esimerkitapauksessa MaO:238–239/12 hankintailmoituksessa oli tarjoajien soveltuvuutta koskevien vaatimusten osalta ilmoitettu, että tarjoajan lakisääteiset ja yhteiskunnalliset velvoitteet tulee olla hoidettu. Hankintailmoituksessa oli yksilöity ne todistukset ja selvitykset, kuten verovelkatodistus, joiden perusteella hankintayksikkö arvioi soveltuvuusvaatimusten täyttymisen. Valittu tarjoaja oli toimittanut nämä todistukset vasta pyydettyäessä jälkikäteen eikä valittu urakoitsija ollut hoitanut näitä velvoitteitaan.

Asiassa esitetyn selvityksen perusteella on käynyt ilmi, että valittajalla on tarjoajan soveltuvuusvaatimusten vastaisesti ollut verovelkaa arvonlisäveroista ja sosiaaliturvamaksuista. Markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö on harkintavaltansa puitteissa voinut arvioida, että valittaja ei ole täyttänyt tarjoajan soveltuvuudelle asetettuja vaatimuksia. Asiassa ei ole siten ilmennyt, että hankintayksikön menettely sen poistaessa hankintapäätöksen ja keskeyttäessä hankinnan olisi perustunut muihin kuin todellisiin syihin.

Tässä kyseisessä tapauksessa myös muiden tarjouskilpailuun osallistuneiden urakoitsijoiden tarjouksissa oli ollut sellaisia puutteita, ettei niitä ole voitu hyväksyä, joten hankintamenettelyn keskeyttämiselle oli perusteltu syy.

2.1.4. Kielletyt keskeyttämisperusteet ja kielletty hankintamenettelyn jatkaminen keskeyttämistä tekemättä

Hankintamenettelyä ei kuitenkaan saanut keskeyttää, jos hankintayksikön tarkoituksena on ollut vain tehdä markkinakartoitusta, kiertää hankintalainsäädännön soveltamista tai heikentää tarjoajan oikeussuojaa¹¹.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:200/13, jossa Espoon kaupunki oli hankkimassa koulukuljetuksia, hankintayksikkö oli perustellut hankintamenettelyn keskeyttämistä hankintayksikön sisäisillä syillä. Hankintayksikkö oli kuitenkin jatkanut neuvotteluja optiovuoden käyttöönotosta aikaisemman palveluntuottajan kanssa vielä kaksi kuukautta hankintamenettelyn keskeyttämisen jälkeen pääsemättä kuitenkaan sopimukseen asiasta. Hankintayksikkö oli myöhemmin vedonnut kiireeseen ja tehnyt suorahankinnan, vaikka perusteita suorahankinnalle ei ollut. Tapauksesta jäi sellainen kuva, että hankintayksikkö olisi hankintamenettelyn keskeyttämisellä vain halunnut kiertää hankintalainsäädäntöä.

Menettely, jossa hankintaa ei keskeytetä vaikka pitäisi ja kuitenkin pyydetään uudestaan tarjouksia tai pyydetään muuttamaan jo tulleita tarjouksia tekemättä uutta hankintailmoitusta, ei ole hankintajuridiikan pääsääntöjen mukaan hyväksyttävää¹². Tämä tinkimisen kieltö perustuu tosin vain kansalliseen oikeuskäytäntöön, ei siis direktiiveihin tai eikä EU-tuomioistuimen ratkaisuihin¹³. Tällöin hankintamenettelyyn, jossa pyydetään uudestaan tarjouksia hankintamenettelyä keskeyttämättä, voi tulla tinkimisen leima eikä kyseinen menettely takaa tarjoajien tasapuolista kohtelua. Tällaisesta tapauksesta esimerkkinä tässä on vanhempi markkinaoikeuden ratkaisu MaO:330/09.

Ottaen huomioon hankintayksikön markkinaoikeudelle ilmoittama peruste tarjousten uudelleen pyytämiselle, markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö on pyrkinyt menettelyllään siihen, että tarjoajat uudessa tarjouskilpailussa antaisivat hinnaltaan halvempia tarjouksia. Hankintayksikön menettely on mahdollistanut kielletyn

¹¹ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 574

¹² Kalima (2007) s. 232

¹³ Virtanen (2008) s. 744

tarjousten tinkimisen ja siten vaarantunut tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun. Markkinaoikeus katsoo, että hankintayksikkö on tältäkin osin menetellyt hankinnassa julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 379/10 hankintayksikkö oli pyytänyt kolmelta halvimmalta tarjoajalta lisäselvitystä ja antanut hankintasäädösten vastaisesti tarjousten hintatiedot lisäselvityspyynnön yhteydessä tiedoksi toisille tarjoajille. Tarjoajat olivat voineet parannella tarjoustaan ja tinkiä hinnoistaan.

Hankintayksikkö on tähdännyt lisäselvityspyynnöissään hankintasäännösten vastaiseen tarjousten parantamiseen myös muilta osin, sillä se on esittänyt lisäselvityspyynnöissä tarjoajille eri parannustoiveita näiden suunnitelmiin ja pyytänyt tarjoajia esittämään lisäselvityksessään tällaisten suunnitelmamuutosten hintavaikutuksen. Hankintayksikön edellä kuvattu menettely ei ole ollut omiaan turvaamaan tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua tarjousten vertailussa.

Merkittävää näissä edellä mainituissa tapauksissa on kuitenkin se, että tarjoajia ei ole kohdeltu tasapuolisesti. Jos tässä kyseisessä hankintamenettelyssä olisi kaikilta tarjoajilta kysytty samat kysymykset, tarjouskilpailuun osallistuneita tarjoajia olisi kohdeltu tasapuolisesti. Tämä hankintayksikön lisäselvityspyyntöihin liittyvä toiminta ei mahdollistanut ehdokkaiden tasapuolista kohtelua. Jollakin ehdokkaalla olisi voinut olla tähän muutettuun tarjouspyyntöön sopiva tuote tai palvelu, muttei ollut tehnyt tarjousta, koska alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoja ehdokas ei olisi täyttänyt. Tämäkään toimintatapa ei siis takaa tasapuolisen kohtelun ja syrjimättömyyden vaadetta.

2.1.5. Tapauksen arviointia

Hankinnan keskeyttäminen voidaan tehdä todellisesta ja perustellusta syystä. Tutkielmani tapauksessa palvelun tarve, laatuvaatimukset ja rahoitus ovat pysyneet samana. Hankintayksikkö ei siis ole tehnyt aikaisemmissa kappaleissa esitettyjen esimerkkien kaltaisia virheitä hankintamenettelyn aikana. Tarjouspyyntö on ollut selkeä ja hankintayksikkö on saanut tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia. Hankintayksikkö ei ole pisteyttänyt tarjouksia väärin tai

vertailut tarjouksia väärin. Hankintayksikön ainoaksi virheeksi voidaan sanoa se, että yksikkö on luottanut sille annettujen tietojen oikeellisuuteen.

Hankintamenettelyn keskeyttämisperusteista jää jäljelle tarjoajasta johtuvat syyt. Tarjoajasta johtuvasta hankintamenettelyn keskeyttämisestä käsittelevässä kappaleessa 2.1.3 esittelin markkinaoikeuden ratkaisun MaO:238–239/12. Tässä ratkaisussa hankintamenettelyn keskeyttäminen johtui tarjoajan puuttuvasta kelpoisuudesta. Tämä markkinaoikeuden ratkaisu tukisi sitä vaihtoehtoa, että tässä tutkimassani tapauksessa olisi mahdollista keskeyttää hankinta ja suorittaa uusi kilpailutus. Jos hankintaprosessi joudutaan käynnistämään uudelleen, aikaa uuden hankintasopimuksen saamiseen kuluu entistä enemmän ja korvaavan palvelun lisäkustannukset kasvavat vielä suuremmiksi.

2.2. Hankintaoikaisun mahdollisuus

Vuoden 2010 hankintalain uudistus toi hankintalakiin uuden muutoksenhakukeinon, hankintaoikaisun. Hankintaoikaisun voivat tehdä sekä tarjoaja että hankintayksikkö. Hankintalain 80§:ssä hankintaoikaisu määritellään seuraavasti.

Hankintayksikkö voi itse poistaa virheellisen päätöksensä tai peruuttaa muun hankintamenettelyssä tehdyn ratkaisun, jolla on oikeudellisia vaikutuksia ehdokkaiden tai tarjoajien asemaan, ja ratkaista asian uudelleen (*hankintaoikaisu*), jos päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen.

Hankintaoikaisu muistuttaa hallintolain mukaista oikaisuvaatimusta, mutta hankintaoikaisun tekeminen on nimensä mukaisesti mahdollinen vain hankinta-asioissa. Ukkola näkee hankintaoikaisun yhdistelmänä toisaalta oikaisuvaatimusta ja toisaalta hallintolain mukaista virheen korjausta¹⁴. Hankintaoikaisu voidaan tehdä hankintalainsäädännön mukaisissa hankinnoissa, mutta myös hankintarajat alittavissa hankinnoissa eli ns. pienhankinnoissa. Hankintalainsäädännön mukaisissa hankinnoissa

¹⁴ Ukkola (2013) s. 17

hankintaoikaisu on tarjoajalle markkinaoikeusvalituksen kanssa rinnakkainen mahdollisuus mielestään virheellisen hankintapäätöksen korjaamiseksi. Hankintaoikaisu osoitetaan hankintapäätöksen tehneelle viranomaiselle tai toimielimelle. Hankintaoikaisu voidaan tehdä myös hankintapäätöksen tehneen viranomaisen tai toimielimen ylempänä olevalle tasolle¹⁵. Kumpikin menettely on oikein ja riippuu hankintayksikön johtosäännöstä, mikä instanssi käsittelee hankintaoikaisuvaatimuksen. Hankintapäätökseen tulee liittää nämä organisaatiokohtaiset tiedot muutoksenhausta. Hankintalain uudistuksen tarkoituksena on saada virheellisesti tehty hankintapäätös oikaistua mahdollisimman nopeasti ilman, että tarvitaan pitkää markkinaoikeuden valitusprosessia¹⁶. Seuraavassa käsitellään hankintaoikaisun lainsäädännöllistä perustaa ja siihen liittyviä oikeustapauksia.

2.2.1. Hankintaoikaisun lainsäädäntöperusta

Hankintalain 80 - 83§:t säättävät hankintaoikaisusta ja siihen liittyvästä menettelystä. Hankintayksikkö voi poistaa virheellisen päätöksen tai peruuttaa muun hankintamenettelyn aikana tekemänsä ratkaisun (esim. tarjoajan sulkeminen pois tarjouskilpailusta) ja ratkaista asian uudelleen. Hankintayksikkö voi tehdä hankintaoikaisun omasta aloitteestaan tai tarjoajan tekemän vaatimuksen perusteella. Vaikka hankintayksikön tekemän hankintaoikaisun tekeminen ei edellytä tarjoajan tai ehdokkaan suostumusta, tulisi kuitenkin hyvän hallintotavan mukaisesti kuulla tarjoajaa ennen hankintaoikaisun ja uuden päätöksen tekemistä¹⁷.

Tarjouksen jättänyt tarjoaja voi tehdä hankintaoikaisuvaatimuksen 14 päivän kuluessa hankintapäätöksen tiedoksisaannista. Hankintayksikön mahdollisuus tehdä hankintaoikaisu on tarjoajan hankintaoikaisuaikaa pidempi. Hankintayksikkö voi tehdä hankintaoikaisun 60 päivän sisällä hankintapäätöksen tekemisestä, jos hankintasopimusta ei ole vielä tehty. Jos

¹⁵ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 577

¹⁶ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 575

¹⁷ <http://www.hankinnat.fi/fi/hankintaprosessi/muutoksenhaku/hankintaoikaisu/Sivut/default.aspx>

hankintasopimus on ehditty tehdä, hankintaoikaisua ei hankintayksikkökään voi enää tehdä. Hankintaoikaisu voidaan tehdä sillä perusteella, että hankintaoikaisun kohteena olevassa päätöksessä on virheellisesti sovellettu lain säädöksiä. Hankintaoikaisulla voidaan oikaista virheellinen päätös, joka perustuu virheelliseen kelpoisuuden arviointiin tai virheelliseen tarjousten vertailuun. Hankintaoikaisulla ei voida korjata tarjouspyynnössä tai hankintailmoitusmenettelyssä tehtyä virhettä.

Hankintaoikaisu ei rajoitu yksinomaan hankintalainsäädännön alueelle, vaan hankintaoikaisu voidaan tehdä esimerkiksi kuntalain esteellisyysäädösten tai terveydenhuoltolainsäädännön soveltamisvirheiden perusteella¹⁸ eli muunkin asiaan liittyvän lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen¹⁹. Tämä tulkinta on hankintalain esitöiden mukainen. Hankintalain esitöiden (HE 190/2009 vp s. 55) mukaan tämä edellytys kattaa myös hankintamenettelyn kannalta merkityksellisen muun lainsäädännön soveltamisessa tapahtuneet virheet. Uusi hankintadirektiivi (2014/24/EU) vahvistaa tätä aikaisemman lain hallituksen esityksen mukaista hankintalain ulkopuolelle ulottuvaa, laajempaa tulkintaa. Nykyisin markkinaoikeuskäytännön mukaan markkinaoikeus kuitenkin käsittelee asioita pelkästään hankintalainsäädännön näkökulmasta.

Tässä tapauksessa hankintayksikkö on tarjouspyynnössä ja tarjousvertailussa toiminut hankintalainsäädösten ja muiden säädösten mukaisesti sille toimitettujen tietojen pohjalta, joten onko hankintayksiköllä perusteltu syy tehdä hankintaoikaisu lain soveltamisessa tapahtuneen virheen perusteella?

2.2.2. Hankintaoikaisuun liittyvä oikeuskäytäntö

Ensimmäisen hankintaoikaisua koskevan ratkaisun markkinaoikeus on antanut 16.12.2010 MaO:594/10 (luettu 15.4.2014 www.finlex.fi). Olen tarkastellut näitä yli neljäkymmentä markkinaoikeuden tekemää hankintaoikaisua käsittelevää ratkaisua.

¹⁸ Pekkala, Pohjonen (2012) s. 580

¹⁹ Halila, Aer (2011) s. 45

Hankintaoikaisulla voidaan poistaa päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu, joka perustuu lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen. Hankintalain soveltamisessa tapahtuneella virheellä voidaan tarkoittaa esimerkiksi markkinaoikeuden tapauksessa MaO:135/13 ollutta tilannetta. Hankintayksikkö oli ollut hankkimassa kaiutinjärjestelmiä vahvistamiseen ja tarjoaja oli tehnyt vaatimuksen hankintaoikaisun tekemisestä. Hankintayksikkö oli keskeyttänyt hankintamenettelyn ja poistanut tekemänsä hankintapäätöksen, koska hankintayksikkö olisi ollut velvollinen tekemään kaiutinjärjestelmän hankinnasta hankintailmoituksen, mitä se ei ollut tehnyt. Markkinaoikeus totesi, että hankintapäätös on perustunut hankintalain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen ja hankintamenettely on voitu keskeyttää. Hankinnasta ilmoittamatta jättäminen on myös vaikuttanut ehdokkaiden asemaan, koska kaikki potentiaaliset tarjoajat eivät ole saaneet tietoa hankinnasta osallistuakseen tarjouskilpailuun.

Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:359/12 on myös katsottu hankintayksikön tehneen hyväksyttävällä perusteella hankintaoikaisu. Hankintayksikkö perusteli hankintaoikaisuaan, että tehtyä hankintapäätöstä rasitti hankintalain soveltamisessa tapahtunut virhe. Hankintayksikkö katsoi virheekseen sen, että tarjoajien soveltuvuusvaatimusten täyttymistä ei ole arvioitu ennen tarjousten vertailua. Puuttuva soveltuvuus oli kuitenkin havaittu ennen hankintasopimuksen tekemistä ja hankintaoikaisu oli näin ollen voitu tehdä.

Hankintaoikaisuun päätyminen on voinut johtua hankintayksikön tekemästä virheestä, mutta myös tarjoajan toiminta tai puuttuva soveltuvuus on voinut olla perusteltu syy hankintaoikaisun tekemiseen. Markkinaoikeuden tapauksessa MaO:62 - 63/11 (annettu 11.2.2011) hankintayksikkö oli vaatinut tarjoajan rekisteröitymistä työnantajarekisteriin. Tarjoaja ei ollut täyttänyt tätä vaatimusta. Hankintayksikkö oli peruuttanut tekemänsä hankintapäätöksen ja lisäksi tehnyt päätöksen, jossa se oli sulkenut työnantajarekisteriin rekisteröitymättömän tarjoajan pois kilpailusta. Hankintayksikön oli myös tehtävä uusi hankintapäätös.

Kun hankintayksikkö tekee hankintaoikaisun, se tarkoittaa käytännössä sitä, että aikaisempi hankintamenettely ja sen johdosta tehty hankintapäätös kumoutuvat. Tulevaa hankintaa ei enää perusteta kumottuun hankintapäätökseen. Tähän aikaisempaan, sittemmin kumottuun

hankintayksikön tekemään hankintapäätökseen ei markkinaoikeus enää tehdyntä hankintaoikaisun jälkeen ota kantaa ja se voi poistaa aikaisempaa hankintapäätöstä koskevan asian käsittelystä. Valittajalla ei ole mitään intressiä saada asiaa käsiteltyksi, koska markkinaoikeus ei voi määrätä hankintayksikön mahdollisista virheistä seuraamuksia, koska virheellinen päätös on itseoikaisuna kumottu. Tähän tutkimatta jättämispäätökseen oli markkinaoikeus päätenyt mm. ratkaisussa MaO:197–198/14, jossa hankintayksikkö oli hankkimassa veren sokeripitoisuuden määrittämiseen tarvittavia tuotteita ja päätenyt tekemään hankintaoikaisun, kun tarjoajat olivat tehneet valituksen markkinaoikeuteen väittäen hankintayksikön tehneen useita virheitä hankintamenettelyn aikana.

2.2.3. Tilanteet, joissa hankintaoikaisua ei voi tehdä

Edellä on käsitelty hankintaoikaisun sallittuja perusteita. Hankintaoikaisua ei kuitenkaan hankintalain mukaan voi tehdä esimerkiksi silloin, kun hankintasopimus on jo allekirjoitettu. Hankintaoikaisua ei myöskään saa tehdä sillä perusteella, että hankintayksikkö haluaa muuttaa tarjouspyynnön vaatimuksia ja saada näin haluamansa tarjoajan parempaan asemaan tarjousten vertailussa. MaO:78/12 (antopäivä 9.3.2012) ratkaisun perusteluissa todetaan, että hankintayksikkö oli hankintaoikaisupäätöksellään poistanut yhden ilmanvaihtosuodattimille asettamansa tarjouspyynnön vaatimuksen (sertifioinnin). Markkinaoikeuden käsityksen mukaan hankintayksikkö oli muuttanut alkuperäistä tarjouspyyntöään ja hankintayksikkö oli siis toiminut hankintalainsäädännön vastaisesti muuttaessaan tarjouspyyntöä ja suorittaessaan tarjousvertailun uudelleen erilaisilla vertailuperusteilla kuin ne olivat olleet alkuperäisessä tarjouspyynnössä. Hankintaoikaisulla ei voi korjata tarjouspyynnössä olleita puutteita eikä epäselvyyksiä. Tarjouspyynnön muuttamisella on vaikutuksia tarjouksen jättäneiden asemaan samoin kuin niiden tarjoajien asemaan, jotka eivät osallistuneet tarjouskilpailuun. He ovat voineet jättäytyä pois tarjouskilpailusta, koska heidän tuotteensa tai palvelunsa ei täyttänyt juuri tätä poistettua arviointiperustetta.

2.3. Yhteenveto uuden hankintapäätöksen osalta

Hankintapäätöksen ja tarjoajien valitusaikojen jälkeen ollaan käsittelemässäni esimerkkitapauksessa siinä vaiheessa, että hankintasopimusta on valmisteltu ja sitä ollaan allekirjoittamassa. Tarjoajan puuttuva kelpoisuus paljastuu tässä vaiheessa. Hankintayksikön virheeksi voidaan lukea se, että se on luottanut annettuihin lupauksiin ja siksi tehnyt hankintapäätöksen palveluntuottajaksi soveltumattoman tarjoajan eduksi. Jos hankintayksikkö olisi tiennyt tarjoajan puuttuvista vähimmäisvaatimuksista, sen olisi pitänyt hankintalain 52§:n mukaan sulkea tarjoaja pois tarjouskilpailusta.

Jos hankintamenettely keskeytettäisiin, se johtuisi tarjoajan epärehellisestä toiminnasta hankintamenettelyn aikana. Hankintalain 54§:n 1 momentissa on lueteltu muita hankintayksikön harkinnassa olevia tarjoajan tarjouskilpailusta poissulkemisperusteita. Kyseisen momentin 6 kohta antaa mahdollisuuden poissulkemiselle, jos tarjoaja syyllistynyt olennaisesti väärin tietojen antamiseen ilmoittaessaan hankintayksikölle ehdokkaiden ja tarjousten valintaan liittyviä tietoja tai laiminlyönyt vaadittavien tietojen antamisen. Näin toiminut tarjoaja voidaan sulkea tarjouskilpailusta soveltuvuuden arvioinnin jälkeenkin, vaikka tarjoaja olisi päässyt tarjousten vertailuvaiheeseen. Kun hankintayksikkö on saanut tiedon poissulkemisen perusteesta, tarjoaja suljetaan pois tarjouskilpailusta. Hankintalain esitöissä (HE 50/2006 vp s. 98–99) on edellä mainitun säännöksen osalta todettu, että poissulkeminen olisi mahdollista ainoastaan tarjouskilpailun aikana. Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:401/10 pohdittiin näitä kyseisiä asioita, kun toinen tarjouskilpailun tarjoaja väittää toisen tarjoajan antaneen tarjouskilpailun aikana väärä tietoja ajokalustostaan ja henkilöstönsä työkokemuksesta.

Jos hankintasopimus on ehditty tehdä ennen puuttuvan kelpoisuuden esiintuloa, ei hankintamenettelyä sen tässä esitettyjen edellytysten mukaisesti voida keskeyttää. Jos hankintasopimus on ehditty tehdä, silloin toimitaan sopimusoikeudellisten säännösten alueella ja tehdyn hankintasopimuksen sopimusrikkomuksen seuraamuksia koskevien ehtojen mukaan.

Hankintasopimusta ei ole tehty ja todellinen ja perusteltu syy hankintamenettelyn keskeyttämiseen on olemassa. Keskeyttäminen tarjoajan

puutteellisen soveltuvuuden vuoksi ei ole suhteellisuusperiaatteen mukaista, jos hankintayksiköllä on vielä mahdollisuus tehdä hankintaoikaisu eli 60 päivän määräaika ei ole vielä täyttynyt. Hankintaoikaisu voidaan tehdä lain soveltamisessa tapahtuneeseen virheeseen vedoten. Tässä hankintayksikkö on tietämättään rikkonut hankintalakia, kun se ei ole sulkenut puutteellisen kelpoisuuden omaavaa tarjoajaa pois tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö voi korjata virheensä tekemällä hankintaoikaisun.

Markkinaoikeus on linjannut virheen korjaamista hankintamenettelyn keskeyttämisellä vuonna 2013 annetussa ratkaisussaan MaO:289/13 siten, että hankintamenettelyn keskeyttäminen pisteytysvirheen takia ja sen vuoksi uuden kilpailutuksen järjestäminen ei ole ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista, koska uusi pisteytys on voitu tehdä saatujen tarjousten perusteella.

Hankintayksikkö ei ole 16.1.2013 tekemässään päätöksessä esittänyt hankintamenettelyn keskeyttämiselle muita perusteluja kuin viittauksen tarjousten pisteytyksen virheellisyydestä. Markkinaoikeus katsoo, että mainitulla perusteella hankintamenettelyn keskeyttäminen ei ole ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista, koska *hankintayksikkö olisi voinut oikaista mahdollisen pisteytyksen virheellisyyden jo saamiensa tarjousten perusteella ilman uuden kilpailutuksen järjestämistä*. Hankintayksikkö ei myöskään ole päätöksessään riittävän seikkaperäisellä tavalla esittänyt päätöksen perusteluja, eikä päätöksessä ole ilmoitettu, minkä alueiden osalta hankintamenettely on keskeytetty. Edellä mainituilla perusteilla hankintayksikkö on menetellyt hankinnan keskeyttäessään julkisia hankintoja koskevien oikeusohjeiden vastaisesti.

Hankintamenettelyssä noudatettava direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan 2. kappaleessa ja hallituksen esityksessä laiksi julkisista hankinnoista HE 50/2006 edellytetty suhteellisuusperiaate tarkoittaa sitä, että hankintamenettelyn aikana käytettävät keinot ja toimenpiteet ovat oikeudenmukaisessa suhteessa hankinnan kohteena olevaan palveluun.

Tämä periaate voi aktualisoitua esimerkiksi tarjouspyynnön laatimisessa palvelun laadulle asetetuissa vaatimuksissa tai hankintamenettelyn aikana tehtyjen korjaustoimenpiteiden vahvuudessa suhteessa virheeseen. Laatuvaatimusten on oltava suhteessa siihen, mitä palvelua tavoitellaan ja korjaustoimenpiteiden kilpailutuksessa tehtyihin virheisiin nähden. Tässä viimeksi mainitussa markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:289/13 viitataan siihen,

että hankintayksikön tekemä päätös hankintamenettelyn keskeyttämisestä ei ole oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden.

Tutkielmani kohteena olevassa tapauksessa vaikuttaisi olevan vastaava tilanne eli hankinnan keskeyttäminen ja uuden kilpailutuksen järjestäminen on suhteellisuusperiaatteen mukaan liian järeä keino uuden hankintapäätöksen aikaansaamiselle, mikäli hankintaoikaisun mahdollisuus vielä on. Tässä kyseisessä tapauksessa hankintayksikön tulisi tehdä hankintaoikaisu ja päätös aikaisemmassa päätöksessä voittaneen kilpailijan sulkemisesta puutteellisten vähimmäisvaatimusten vuoksi pois tarjouskilpailusta. Uutta hankintamenettelyä ei tarvitsisi tehdä, koska tarjouspyynnössä ei ole virhettä. Uusi hankintapäätös voitaisiin tehdä jo saatujen tarjousten perusteella aivan kuten markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:533/13. Siinä Senaatti-kiinteistöjen laatima tarjouspyyntö oli virheetön, mutta yksi tarjousvertailussa mukana ollut tarjoaja olisi pitänyt puuttuvan kelpoisuuden vuoksi sulkea pois tarjouskilpailusta. Markkinaoikeus ohjeisti korjaamaan virheen tarjouspyynnön mukaisten tarjousten uudelleen vertailulla. Myös uuden arvioinnin tekeminen on sallittua, kuten markkinaoikeus ohjeistaa hankintayksikköä tapauksessa MaO:525/13. Samoin markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:162–173/13 markkinaoikeus ohjeisti virheen korjaamisessa, että ”hankintayksiköt tekevät uudet tarjoajien soveltuvuusarvioinnit ja tarjousten vertailut sekä tekevät uudet perustellut hankintapäätökset”.

Hankintaoikaisun ja ensiksi voittaneen tarjoajan poissulkemisen lisäksi hankintayksikön tulisi valita uusi tarjouskilpailun voittaja. Sen hankintayksikkö voi tehdä muiden tarjouksen jättäneiden tarjoajien keskuudesta samoilla tarjousvertailun perusteilla kuin aikaisemminkin. Hankintayksikkö valitsisi palveluntuottajaksi parhaan kelpoisuusehdot täyttävän tarjoajan. Jos tarjousvertailun pisteytys on tehty suhteutettuna ensiksi voittaneeseen tarjoukseen, pisteytys suhteutetaan tähän uuteen vertailun parhaaseen tarjoukseen, kun puutteellinen tarjous on suljettu pois tarjouskilpailusta. Arvioinnin perusteita ei luonnollisestikaan saa muuttaa.

Lain varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929) eli oikeustoimilain 5§:n mukaan hylätty tarjous raukeaa. Kun ensimmäinen hankintapäätös tehtiin, niin muut tarjouskilpailuun jätetyt tarjoukset raukesivat. Tarjousten hyväksyminen ei

enää hylkäämisen jälkeen ole mahdollista. Hankintalainsäädännössä ei ole säädelty sitä, voiko tilaaja tiedustella vielä tarjousten voimassaoloa tällaisissa tilanteissa²⁰. Julkisissa hankinnoissa on kuitenkin otettu yleisesti käyttöön menettelytapa, että tarjouspyyntöasiakirjoissa vaaditaan pidempää tarjouksien voimassaoloa kuin mitä muutoksenhakuajat edellyttävät. Tällä menettelyllä mahdollistetaan se, että tarjoukset voisivat edelleen olla voimassa, jos ensimmäinen hankintapäätös kumotaan. Koska oikeustoimilain mukaan ensimmäisen hankintapäätöksen yhteydessä hylätyt tarjoukset eivät ole enää voimassa, tulee hankintayksikön erikseen tarkistaa tarjousten voimassaolo tarjoajilta ennen uuden vertailun ja hankintapäätöksen tekemistä.

Hankintalaissa ei ole erikseen säädöksiä siitä, mikä instanssi on toimivaltainen käsittelemään hankintaoikaisun. Riippuen kunkin organisaation johto- ja delegointisäännöistä on mahdollista, että oikaisun käsittelee alkuperäisen hankintapäätöksen tehnyt hankintayksikkö. Esimerkiksi hankintajohtaja ja lautakunta voivat käsitellä omista päätöksistä tehdyt hankintaoikaisut. Hankintaoikaisun käsittelyn toimivalta voidaan myös antaa hankintayksikön organisaatiossa jollekin toiselle, yleensä viranhaltijaa ylemmälle lautakunnalle tai lautakuntaa ylempänä olevalle kunnan- tai kaupunginhallitukselle. Molemmat toimintatavat ovat mahdollisia.

Uudesta hankintapäätöksestä tulee ilmoittaa tarjouskilpailuun osallistuneille ja tarvittaessa myös markkinaoikeudelle, jos sinne on tehty hankinnasta valitus. Hankintaoikaisuna tehty päätös on uusi valituskelpoinen päätös ja tästä uudesta päätöksestä tarjouskilpailuun osallistuneet asianosaiset voivat tehdä hankintaoikaisun ja/tai valituksen markkinaoikeuteen. Hankintalainsäädännössä ei ole oikaisun käsittelylle eikä ratkaisemiselle säädetty erityistä määräaikaa²¹, mutta hyvän hallintotavan mukaisesti se tulee käsitellä kohtuullisessa ajassa.

Tämä hankintayksikön tekemä hankintaoikaisu mahdollistaa puutteellisen kelpoisuuden omaavasta tarjoajasta ja tarjouksesta sekä aiemmin tehdystä hankintapäätöksestä irtautumisen, muttei ratkaise korvausvelvollisuusongelmaa. Hankintayksikölle aiheutuu lisäkustannuksia

²⁰ Virtanen (2008) s. 750

²¹ <http://www.hankinnat.fi/fi/hankintaprosessi/muutoksenhaku/hankintaoikaisu/Sivut/default.aspx>

tilapäisjärjestelyistä siihen saakka, kunnes uusi palveluntuottaja pystyy aloittamaan toimintansa. Onko hankintayksikön mahdollista saada korvausta näistä sekä sopimusneuvotteluista neuvotteluista aiheutuneista lisäkustannuksista ensiksi valitulta, puutteellisen kelpoisuuden omaavalta tarjoajalta?

3. HANKINTAYKSIKÖN VAHINGONKORVAUSOIKEUS

Hankintayksikkö on saanut valittua uuden palvelun toimittajan ja tämän uuden toimittajan kelpoisuus on tarkastettu ennen päätöksentekoa. Hankintayksikkö ei voi eikä halua ottaa enää vastaavanlaista riskiä sopimuksen allekirjoittamisen viivästymisestä. Sopimuksen teon viivästyminen on jo aiheuttanut hankintayksikölle haittaa. Järjestämisvastuun vuoksi palvelun ostamista ei voida keskeyttää, joten hankintayksikkö on neuvotellut aikaisemman toimijan kanssa palvelutuotannon jatkamisesta siihen saakka, kunnes uusi palveluntuottaja pystyy aloittamaan toimintansa. Uusi väliaikainen jatkosopimus aikaisemman toimittajan kanssa on kalliimpi kuin aikaisempi sopimus, koska aikaisempi sopimus ehdittiin irtisanoa päättymään ensimmäisen hankintapäätöksen tarjoajien valitusaikojen päättymisajankohtaan. Tästä on aiheutunut hankintayksikölle lisäkustannuksia.

Lähdin tutkimaan sitä, onko hankintayksiköllä julkisena toimijana lainkaan mahdollisuutta saada korvausta tarjoajan tarjouskilpailun aikaisesta vilpillisyydestä johtuvista hankintayksikölle aiheuttamista lisäkustannuksista. Mihin tämä korvaus voisi perustua ja minkä lainsäädännön perusteella korvausta voisi hakea?

3.1. Kuka voi saada vahingonkorvausta hankintalain mukaan

Hankintalain 107§:n 1 momentissa määritellään vahingonkorvaukseen oikeutettujen joukkoa. ”Joka tämän lain vastaisella menettelyllä aiheuttaa ehdokkaalle, tarjoajalle tai toimittajalle vahinkoa, on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon”. Hankintalaki siis säättää vain tarjoajaosapuolen vahingonkorvausoikeudesta. Se ei säädä ehdokkaan, tarjoajan tai toimittajan velvollisuudesta korvata aiheuttamansa vahinkoa hankintayksikölle.

Hallituksen esityksessä HE 50/2006 hankintalain muuttamiseksi on vahingonkorvauspykälään seuraavanlainen tarkentava teksti:

On huomattava, että hankintalaki ja sen nojalla annetut alemmanasteiset säädökset sääntelevät vain julkiseen hankintasopimukseen johtavaa menettelyä, eikä hankintalakiin

sisälly lainkaan säännöksiä hankintayksikön ja valitun toimittajan välisestä sopimussuhteesta.

Tämän ensimmäisen lauseen perusteella voidaan sanoa, että nämä hankintalain vahingonkorvaussäännökset koskevat vain virheitä tai rikkomuksia ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista mukaan lukien aika hankintapäätöksen jälkeen, jolloin valmistellaan hankintasopimusta. Tähän hallituksen esityksen lauseeseen kun yhdistetään hankintalain vahingonkorvauspykälän teksti, niin loppupäätelmä on, että hankintalainsäädäntö säätelee vain hankintayksikön vahingonkorvausvastuuta tarjoajalle, ehdokkaalle tai toimittajalle ennen hankintasopimuksen tekemistä. Hallituksen esityskään ei anna mahdollisuutta hankintayksikölle hankintalain mukaiseen vahingonkorvausoikeuteen.

Jos tulkitaan viimeistä virkettä siten, että hankintapäätöksen jälkeen hankintayksikkö ja valittu toimija olisivat sopimussuhteessa, hankintalainsäädännön vahingonkorvauspykälän soveltaminen loppuisi jo hankintapäätöksen tekemiseen. Kumpikaan näistä tulkinnoista ei mahdollista hankintayksikön vahingonkorvausoikeutta, riippumatta virheen tapahtumajankohdasta.

Hallituksen esityksen toinen lause rajaa hankintalain mukaista korvausvastuuta ajallisesti vieläkin tarkemmin.

Hankintalain vahingonkorvausta koskeva säännös ei siten koskisi tapauksia, joissa on kyse hankintayksikön ja valitun sopimustoimittajan välisestä korvausvastuusta. Näistä tapauksia koskisivat yleiset vahingonkorvaussäännökset.

Tämä hallituksen esityksen tarkentava rajaus johtaisi siihen, että hankintalain vahingonkorvauspykälä ei siis koskisi hankintapäätöksen ja hankintasopimuksenkaan välistä aikaa eli nimenomaisten sopimusneuvottelujen aikaa, jolloin valmistellaan hankintasopimusta. Hankintalainsäädäntö siis katsoo, että kun toimittaja on valittu ja hankintapäätös tehty, loppuu hankintalainsäädännön vahingonkorvauspykälän soveltamisalue. Hankintapäätös on siis merkittävä rajapyykki, jolloin siirrytään julkisten hankintojen vahingonkorvausvastuiden piiristä yleisten vahingonkorvausvastuiden piiriin.

Julkisten hankintojen yleisissä palveluiden sopimusehdoissa eli JYSE – ehdoissa kohdassa 16 käsitellään palveluhankintojen sopimukseen liittyviä vahingonkorvauksia. Tämän kohdan mukaan tilaajalla on oikeus saada vahingonkorvausta sopimusrikkomuksesta. Näissä ehdoissa ei siis ole tilaajan vahingonkorvausoikeuksia koskevia sääntöjä ennen sopimuksen syntymistä, pelkästään korvaussäännöksiä sopimuksen syntymisen jälkeen.

Katri Havu kirjoittaa, että Suomen hankintalainsäädäntö ei sisällä säännöksiä hankintayksikön oikeudesta vahingonkorvaukseen, joten hän on asfalttikartellitapauksien tiimoilta tutkinut muun lainsäädännön antamia mahdollisuuksia hankintayksikön vahingonkorvaukseen. Hän on tutkinut kilpailulainsäädännön antamia mahdollisuuksia näissä asfalttikartellitapauksissa sekä lisäksi, kuinka yleinen vahingonkorvausoikeus ja sopimusoikeus soveltuvat näihin kartellitapauksiin.²²

Suomen hankintalainsäädännön mukaan tilaajalla eli hankintayksiköllä ei ole lainkaan mahdollisuutta saada vahingonkorvausta julkisen hankinnan kilpailuttamisen aikana tapahtuneesta virheestä, koska Suomen hankintalainsäädäntö säättää vain tarjoajan vahingonkorvausoikeudesta. EU-direktiivit antaisivat kuitenkin tilaajan vahingonkorvausoikeuteen mahdollistavan tulkinnan.

Direktiivissä 2007/66/EY, joka on säädetty neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamiseksi ja julkisia hankintoja koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi, säädetään myös vahingonkorvauksista.

Jäsenvaltioiden on varmistettava, että muutoksenhakumahdollisuudet, joiden yksityiskohtaisista säännöksistä kukin jäsenvaltio voi itse päättää, ovat ainakin niiden käytettävissä, jotka ovat tai ovat olleet tavoittelemassa tiettyä sopimusta, ja joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata.

Hankintayksikkö on ollut tavoittelemassa palvelusopimusta ja tarjoajan virheellinen menettely on loukannut hankintayksikön etua. Tässä artiklan kohdassa ei suljeta tilaajan muutoksenhaun mahdollisuutta pois. Vahingonkorvaus voidaan katsoa kuuluvaksi muutoksenhakekeinoihin.

²² Havu (2010) s.2

Kyseisessä artiklassa sanotaan vain ”joiden etua väitetty virheellinen menettely on loukannut tai saattaa loukata”. Hankintayksikön muutoksenhakuoikeuksiin pitäisi siis kuulua myös vahingonkorvausoikeus, aivan kuin se kuuluu yritystenkin muutoksenhakuoikeuksiin.

Direktiivin artiklassa 2.1. kohdassa säädetään mm. vahingonkorvauksesta. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että artiklassa 1 säädettyjä muutoksenhakumenettelyjä koskeviin toimenpiteisiin sisältyvät valtuudet määrätä virheellisestä menettelystä kärsineelle vahingonkorvausta. Suomi on päättänyt yhteispohjoismaisen käytännön mukaisesti, että hankintayksikkö rajataan hankintalainsäädännön mukaiseen vahingonkorvaukseen oikeutettujen ulkopuolelle.

Ruotsissa hankintalaki on nimeltään Lag om offentlig upphandling, lag 2007:1091 ja sen 16 luvun 20 §:ssä on samansisältöinen teksti kuin Suomen hankintalaissa:

En upphandlande myndighet, som inte har följt bestämmelserna i denna lag, ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Ruotsinkin hankintalain vahingonkorvauspykälässä säädetään vain toimittajan (leverantör) vahingonkorvausoikeudesta.

Yhteenvetona voidaan todeta, että kansallinen hankintalainsäädäntö ei mahdollista hankintayksikön vahingonkorvausoikeutta missään olosuhteissa ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Hankintalainsäädännön mukaisessa vahingonkorvausoikeudessa säädetään vain ehdokkaan, tarjoajan ja toimittajan hyväksi riippumatta siitä, missä hankintaprosessin vaiheessa ennen hankintasopimuksen syntymistä virhe on tapahtunut.

3.2. Muun lainsäädännön mahdollisuudet

Hankintayksikön vahingonkorvausoikeudelle ei löytynyt oikeutusta hankintalainsäädännöstä, joten lähdin etsimään vastausta muualta. Päätin tutkia, miten hankintalain hallituksen esityksessä viitattu vahingonkorvauslaki

(412/1974) soveltuisi tähän tutkielmani ongelmaan hankintayksikön vahingonkorvausoikeudesta.

Lähtökohta on, että toiselle ei saa aiheuttaa vahinkoa. Lainsäädäntö määrittää sen, minkälainen toiminta on vastoin lakia ja milloin tällaisesta toiminnasta aiheutuvat vahingot on korvattava vahinkoa kärsineelle osapuolelle²³. Toisaalta vahingonkorvauslaki lähtee siitä, että vahingon tapahduttua se kärsii, jolle vahinkoa on tapahtunut, jollei ole erityistä perustetta saada korvausta vahingon tuottajalta. Vahinkoa aiheuttanut teko on myös oltava oikeudenvastainen. Lisäksi tapahtuneen vahingon on oltava oikeuden vastaisesta teosta johtuva²⁴ eli tapahtuman ja vahingon välillä on oltava syy-yhteys. Jos asioilla ei ole syy-yhteyttä, vahinko tai lisäkustannus olisi aiheutunut, vaikka oikeudenvastaista tekoa ei olisi tapahtunutkaan.

Vahingonkorvauslaki säätelee pääsääntöisesti sopimuksen ulkopuolista vahingonkorvausta ja vahingonkorvauksesta lain 1§:ssä sanotaan seuraavaa:

Joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan sen, jollei siitä, mitä tässä laissa säädetään, muuta johdu.

Vahingonkorvausoikeuden periaatteita ovat rikastumisen kielto vahingonkorvauksella ja vahingon kärsijän velvollisuus pyrkiä rajoittamaan vahinkoa. Myös julkisten hankintojen osalta noudatetaan näitä vahingonkorvausoikeuden periaatteita²⁵.

Hankintayksiköllä on mahdollisuus saada vahingonkorvausta muiden kuin hankintalainsäädännön perusteella esimerkiksi vahingonkorvauslain mukaan, jos se pystyy osoittamaan vahingon ja sen, että vahinko on aiheutunut tarjoajan epärehellisestä toiminnasta tarjouskilpailussa. Hankintayksikön harkittavaksi tulee vahingonkorvauskanteen nostaminen tarjoajaa vastaan.

²³ Mononen (2005) s.91

²⁴ Ståhlberg, Karhu (2013) s. 12

²⁵ Kuusniemi-Laine, Takala (2008) s. 236

3.3. Vahingonkorvauksen vaatiminen

Hankintayksikkö päätyy tekemään vahingonkorvausvaatimuksen. Laissa julkisista hankinnoista on vahingonkorvausta koskeva pykälä 107§, jonka 3 momentissa sanotaan, että toimivaltainen tuomioistuin on oikeudenkäymiskaaren 10 luvun mukainen alioikeus. Asiaa siis käsittelee kärjäoikeus ja oikeudenkäymiskaaren 10 luvun 2§ (13.3.2009/135) mukaan yhtiötä tai muuta yksityisoikeudellista oikeushenkilöä vastaan esitetty vaatimus pitää esittää oikeushenkilön kotipaikan kärjäoikeudessa eli ensiksi voittaneen tarjoajan kotipaikan kärjäoikeudessa. Asian käsittelyssä noudatetaan normaalia riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyä.

Julkisiin hankintoihin liittyviä vahingonkorvausasioita ei siis käsittele markkinaoikeus, kuten seuraavassa ratkaisussa todetaan. Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:332/13 valittaja oli vaatinut, että markkinaoikeus velvoittaa hankintayksikön maksamaan sille vahingonkorvauksena tarjouksen jättämisestä aiheutuneista kustannuksista yhteensä 6.696 euroa. Markkinaoikeus jätti vahingonkorvausvaatimuksen tutkimatta toimivaltaansa kuulumattomana asiana. Samanlaiseen ratkaisuun markkinaoikeus päätyi vanhemmassa ratkaisussa MaO:221/05, jossa hankintayksikkö vaati hyvitystä menetetyistä matkapuhelinpalveluiden hinnan alennuksista. Markkinaoikeus ei siis tutki kummankaan osapuolen vahingonkorvausvaatimusta, ei tarjoajan eikä hankintayksikön.

Jos hankintayksikkö päätyy hakemaan vahingonkorvausta ensiksi voittaneelta tarjoajalta, hankintayksikön tulee esittää kärjäoikeudelle toimitetussa kirjallisessa haastehakemuksessa vahingonkorvausvaatimukset tarjoajalle eli vastaajalle sekä näille vaatimuksille perusteet. Hankintayksikön on myös ilmoitettava asiaan liittyvä todistelu eli kirjalliset todisteet ja mahdollinen henkilötodistelu. Näitä perusteita vahingonkorvaukselle käsittelen seuraavassa luvussa.

4. PERUSTEITA VAHINGONKORVAUSVAATIMUKSELLE

Lähdin tutkimaan sitä, mihin hankintayksikön julkisena toimijana esittämä vahingonkorvaus vaatimus tarjoajan sille aiheuttamista lisäkustannuksista voisi perustua ja minkä lainsäädännön perusteella korvausta voisi hakea? Ensiksi pohdin tarjouksen sitovuutta ja sitä oliko kyseessä sopimusneuvottelutilanne vai jonkinlainen esisopimustilanne tarjoajan ja tilaajan välillä. Tutkin lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä sekä lisäksi oikeuskirjallisuutta löytääkseni vastaavanlaisia tapauksia. Esittelen tässä tutkielmani luvussa tekemiäni havaintoja.

4.1. Tarjouksen sitovuus

Tarjouksen sitovuudesta säädellään laissa varallisuus oikeudellisista oikeustoimista eli oikeustoimilaissa ja sen ensimmäisessä pykälässä:

Tarjous sopimuksen tekemisestä ja sellaiseen tarjoukseen annettu vastaus sitovat tarjouksen tekijää ja vastauksen antajaa sen mukaan, kuin jäljempänä tässä luvussa säädetään.

Tarjoaja on antanut tarjouksensa tavoitellakseen hankintayksikön ostopalvelusopimusta. Hankintayksikön tekemää ja tiedoksi antamaa hankintapäätöstä voidaan pitää tarjoukseen annettuna vastauksena, joten tarjoajan antama tarjous olisi oikeustoimilain mukaan sitova.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:57 käsitellään Helsingin kaupungin liikenteen hankintaa linja-autojen siivouksesta ja tarjoajan tekemän tarjouksen sitovuutta.

Tarjouksen sitovuus ja tarjouksen peruuttaminen

Oikeustoimilain 7 §:n mukaan tarjous tai vastaus, joka peruutetaan, ei ole sitova, jos peruutus saapuu sille, jolle tarjous on tehty tai vastaus annettu, ennen kuin hän on ottanut selon tarjouksesta tai vastauksesta tahi samaan aikaan, kuin tämä tapahtuu.

Tämä siis tarkoittaa hankintamenettelyssä, että ennen tarjouksien avaamista tehty tarjouksen peruuttaminen ei sitois enää tarjouksen tekijää. Korkeimman oikeuden perustelu jatkuu vielä seuraavasti:

HKL on ottanut selon Engelin tarjouksesta tarjousten avaamisen yhteydessä 9.12.2002. Tarjous on siten oikeustoimilain 7 §:n nojalla sitonut Engeliä tästä päivästä lukien, ellei oikeustoimilain 39 §:stä muuta johdu.

Tutkielmani tapauksessa on sama tilanne eli hankintayksikkö on avannut tarjoukset ja tehnyt annettujen tarjousten perusteella hankintapäätöksen. Tällä perusteella arvioiden tarjoajan tarjousta pidetään oikeustoimilain mukaan sitovana. Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen perustelut jatkuvat seuraavasti kohdassa 4 ja 5:

Tarjouksen peruuttaminen ei ole oikeustoimilain 39 §:n nojalla mahdollista enää sen jälkeen, kun tarjous on vaikuttanut määräävästi tarjouksen vastaanottajan toimintaan. Kaupungin joukkoliikennelautakunta on 16.1.2003 päättänyt hyväksyä Engelin tarjouksen. Tämä on merkinnyt sitä, että julkista hankintaa tarkoittavaan tarjouskilpailuun osallistuneiden muiden tarjoajien tarjoukset ovat samalla tulleet hylätyiksi ja linja-autojen siivousta koskevassa asiassa on yhteistyötä ollut tarkoitus jatkaa Engelin tekemän tarjouksen pohjalta. Engelin tarjous on johtanut hankintapäätökseen ja siten määräävästi vaikuttanut kaupungin toimintaan eikä Engel ole enää tämän jälkeen voinut oikeustoimilain 39 §:n nojalla 24.1.2003 peruuttaa tarjoustaan. Engelin tarjous on siten ollut sitova.

Samanlaisen kaavan mukaan on tapahtunut tutkielman kohteena olevassa tapauksessa, joten korkeimman oikeuden perustelut soveltuisivat sellaisinaan tämän tapauksen perusteluiksi. Tarjoaja ei missään sopimusneuvotteluidenkaan vaiheessa peruuttanut tarjoustaan, vaan hankintayksikkö huomasi viime vaiheessa ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista puuttuvan soveltuvuuden. Hankintayksikkö ei voinut tietää puuttuvista vähimmäisvaatimuksista eikä sen ollut aiheellistakaan epäillä niiden täyttymistä. Esimerkiksi vaatimukset täyttävää työvoimaa on alueella saatavilla eikä toimitilojen hankkiminenkaan ole ylitsepääsemätöntä. Ensiksi valitun tarjoajan tarjous on siis sitova, koska tarjous on määräävästi vaikuttanut hankintayksikön toimintaan eli hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen tarjoajan eduksi ja

samalla hylännyt muiden tarjoajien tarjoukset sekä ryhtynyt valmistelevaan hankintasopimusta.

Markkinaoikeus on ollut samoilla linjoilla ratkaisussaan MAO:20/I/02 - 21/I/02, jonka perusteluissa todettiin, että tarjouksen jättäminen tarjouskilpailussa tarkoittaa tarjoajan sitoutumista palvelun suorittamiseen.

Tarjouksen tekeminen tarjouskilpailussa merkitsee, että tarjouksen tekijä sitoutuessaan suorittamaan tarjouksessa tarkoitettun palvelun sitoutuu samalla hankkimaan palvelun suorittamiseksi tarvittavan työvoiman. Kun tässä tapauksessa tarjouksen tekijä on tehnyt tarjouskilpailussa tarjouspyynnön vaatimukset täyttävän tarjouksen ja lisäksi sitoutunut sopimuksessa täyttämään nämä vaatimukset. Kun vielä on esitetty selvitystä siitä, että työntekijöitä on myös tosiasiallisesti palkattu ja palvelusta kyetty myös tosiasiallisesti suoriutumaan, markkinaoikeus katsoo, että hankintalautakunta on menetellyt Oulun Seudun Eläinkotisäätiötä syrjivästi, kun Oulun Seudun Eläinkotisäätiön tarjouskilpailussa halvin tarjous on jätetty valitsematta.

Markkinaoikeus on ratkaisussaan MaO:33/09 pohtinut ehdollisen tarjouksen sitovuutta ja tullut siihen tulokseen, ettei ehdollinen tarjous ollut tarjoajaa eikä hankintayksikköä sitova. Tarjoajan tekemä ehdollinen tarjous ei vastannut tarjouspyyntöä eli se ei ollut ns. puhdas tarjous. Markkinaoikeus lausuu, että ”tarjouksen sitovuuden ehdollisuudessa on ollut kysymys tarjouksen sisältöön ja vertailukelpoisuuteen vaikuttavasta seikasta” ja hankintayksikkö oli toiminut oikein hylätessään tarjouksen. Markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:206/13 todetaan myös, että tarjoukset ovat lopullisia.

Mitä tämä tarjouksen sitovuus sitten merkitsee? Koska tarjous sitoo tarjoajaa, tilaaja luottaa tarjouksen sitovuuteen ja ryhtyy sopimusta valmisteleviin toimenpiteisiin tehden mahdollisesti sitoumuksia, joihin hän ei muuten ryhtyisi²⁶. Tarjouksen sitovuuden tarkoitus on suojata tilaajan tai hankintayksikön luottamuksensuojaa²⁷. Tarjouksen sitovuudella on ollut merkitystä niin markkinaoikeuden kuin myös yleisten tuomioistuinten ratkaisuihin, joissa on pohdittu sopimussuhteen olemassaoloa ja vahingonkorvauksen määräytymistä.

²⁶ Saarnilehto (2009) s. 42

²⁷ Saarnilehto (2002) s. 41

Kaiston mielestä tarjouksen jättämisen tarkoitus ja pääsisältö on lupaus siitä, että tarjoaja sitoutuu tekemään hankintasopimuksen tarjouksen mukaisesti²⁸.

Tarjouksen sitovuus päättyy kuitenkin sen jälkeen, kun tarjoajan tarjouksessa ilmoitettu tarjouksen voimassaolo päättyy tai tarjoukseen annetaan hylkäävä vastaus. OikTL 5 §:n mukaan tarjouksen hylkääminen päättää tarjouksen voimassaolon. Tämä hylkäävä vastaus sitoo hylkäävän vastauksen antajaa eli tilaajaa. Saarnilehto kirjoittaa, että hylkäävä vastaus sitoo tilaajaa ja näin ollen estää tilaajaa keinottelemasta palvelun mahdollisilla hinnanvaihteluilla²⁹. Tästä tarjousten hylkäämisestä ja sen jälkeisestä tilanteesta selostettiin tarkemmin kohdassa 2.3.

Julkisten hankintojen hankintaprosessissa tarjouksen hylkääminen voi tapahtua esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö sulkee tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Toisena esimerkkinä tarjouksen hylkäämisestä on tilaajan tekemä hankintapäätös. Hankintapäätöksellä hankintayksikkö hyväksyy yhden tarjouksen ja periaatteessa hylkää muut annetut tarjoukset, kuten korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2008:57 perusteluissa aikaisemmin mainittiin. Muutoksenhaku voi kuitenkin muuttaa hankintamenettelyn aikana tehtyjä päätöksiä. Käytännössä tarjouspyynnössä on vaadittu tarjoajilta sitoumusta pidempään tarjouksen voimassaoloaikaan kuin, mitä hankintapäätöksen tekemiseen vaadittava aika edellyttäisi. Tämä ensimmäisen hankintapäätöksen yhteydessä tarjousten hylkääminen ja muutoksenhaun jälkeen hylättyjen tarjousten voimassaolon tiedusteleminen uutta hankintapäätöstä varten poikkeaa oikeustoimilain säätelystä, mutta on julkisten hankintojen hankintamenettelyn mukaista.

Jos tarjous on sitova ja tarjoukseen on annettu samansisältöinen, hyväksyvä vastaus, niin ovatko sitovan tarjouksen jättäjä ja hankintapäätöksen tehnyt hankintayksikkö sen jälkeen keskenään sopimussuhteessa? Miten hankintalainsäädäntö tämän linjaa, entä muu lainsäädäntö?

²⁸ Kaisto (2009) s. 185

²⁹ Saarnilehto (2002) s. 43

4.2. Ovatko tarjoaja ja hankintayksikkö sopimussuhteessa?

Oikeustoimilain ensimmäisen luvun mukaan sopimus siis syntyy sitovan tarjouksen jättämisellä ja siihen vastaamisella, jos tarjous ja vastaus ovat keskenään samansisältöiset eli sopimus syntyy ns. tarjous-vastaus -mekanismilla. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1996:84 pohdittiin kysymystä sopimuksen syntymisestä. Ratkaisussa oli kysymys siitä, oliko sopimus syntynyt kunnaninsinöörin voittaneelle tarjoajalle tekemän ilmoituksen perusteella (ään.). Ratkaisussa todettiin, että ilmoitus sitoi kuntaa ja kunta joutui maksamaan yhtiölle urakasta saamatta jääneen voiton, koska kunta oli myöhemmin muuttanut insinöörin ilmoittamaa päätöstään eikä tehnyt kyseisen yhtiön kanssa hankintasopimusta.

Kuntien vanhemmissa hankintaohjeissa vuodelta 2007 on ollut korkeimman oikeuden tulkinnan mukainen ohjeistus sopimuksen synnystä. Ohjeissa on ollut teksti: ”Sopimus syntyy, kun tarjouksen tekijä on saanut todisteellisesti tiedon tehdystä päätöksestä ja ottanut siitä selon”³⁰. Tämä käytäntö on edelleen perusteltua kuntien pienhankinnoissa, jotka ovat kansallisten kynnysarvojen alittavia hankintoja. Niissä noudatetaan oikeustoimilain periaatteita eivätkä ne kuulu hankintalain soveltamisen piiriin.

OikTL 1 luvun sopimuksen syntymistä koskevat säännökset eivät ole ehdottomia ja niistä voidaan poiketa, jos esimerkiksi kauppa- tai muu alalla yleisesti hyväksytty tapa syrjäyttää ne³¹. Hankintalainsäädännössä on nykyisin oikeustoimilaista poikkeava tulkinta sopimuksen syntymisestä. Hankintalain 76 §:ssä sanotaan, että hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintasopimus. Hankintasopimus syntyy kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Tarjoukseen hankintapäätöksellä vastaamisella eikä hankintapäätöksen tiedoksiannolla ole hankintasopimusta synnyttävää vaikutusta. Tämän tutkielmani tapauksen tarjouspyyntöasiakirjoissa on selkeä, hankintalainsäädännön mukainen lauseke: Hankintasopimus syntyy vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Tämä hankintasopimuksen

³⁰ Kuntien yleiset hankintaohjeet (2007) s. 64

³¹ Saarnilehto (2009) s. 40

syntymiseen liittyvä käytäntö myös mahdollistaa tarjoajien muutoksenhakumahdollisuudet. Muutoksenhaun tarkoituksena on parantaa tarjoajien asemaa, jos hankintayksikkö on toiminut väärin hankintamenettelyssä. Jos sopimus syntyisi hankintapäätöksen tiedoksiannolla, ei muutoksenhakukeinoilla olisi mitään käytännön merkitystä.

Hankintasopimus voi syntyä myös muuna ajankohtana kuin nimenomaisella hankintasopimuksen allekirjoitushetkellä. Näitä voivat olla esimerkiksi hankintapäätöksen lainvoimaisuus, rahoitusratkaisun tai rakennusluvan saaminen³², mutta näistä erityisistä ehdoista tulee olla maininta tarjouspyyntöasiakirjoissa tai ehdollisessa esisopimuksessa. Vaihtoehtoinen sopimuksen syntyä ei kuitenkaan saa tehdä muutoksenhakukeinoja tarpeettomiksi eli sopimus syntyy vasta valitusaikojen umpeuduttua.

Mielenkiintoinen tilanne syntyisi, mikäli tarjouspyyntöasiakirjoissa tätä kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisen vaatimusta ei olisi. Jos hankintasopimus syntyisi hankintapäätöksen tiedoksiannolla ja päätöksen jälkeen hankintayksikkö tekisi omasta aloitteestaan hankintaoikaisun eli kumoaisi tarjoajan antamien virheellisten tietojen perusteella tekemänsä hankintapäätöksen, tilanne olisi hankintayksikön kannalta erittäin hankala. Tällöin hankintayksikkö ei pystyisikään täyttämään hankintapäätöksellä syntyneitä sopimusvelvoitteitaan valitsemaansa tarjoajaa kohtaan ja voisi joutua sopimusrikkomuksen vuoksi vahingonkorvausvastuuseen. Tällä hankintalainsäädännön mukaisella sopimuksen syntymekanismilla on siis toisaalta myös hankintayksikköä suojaava vaikutus.

Hankintaoikaisun mahdollisuus säilyy hankintayksiköllä 60 päivää hankintapäätöksen tekemisen jälkeen. Poikkeuksellisessa tilanteessa hankintasopimuksen teko kestää kauemmin kuin 60 päivää, koska oleelliset hankintaan liittyvät sopimusehdot ovat tarjouspyyntöasiakirjoissa ja niihin liittyvässä sopimusluonnoksessa. Jos tarjoajien valituksia markkinaoikeuteen ei tule, on epätavallista, että hankintasopimusta ei solmittaisi hankintayksikön ja voittaneen tarjoajan välillä³³.

³² Oksanen (2007) s. 308

³³ Kaisto (2009) s. 196

Hankintalainsäädäntö poikkeaa sopimuksen syntymekanismissa oikeustoimilain mukaisesta käytännöstä. Hankintalaki on erityislaki oikeustoimilakiin verrattuna (*lex specialis derogat legi generali*), joten julkisissa hankinnoissa toimitaan hankintalain mukaan ja sopimus syntyy hankintasopimuksen allekirjoituksella. Näillä edellä mainituilla seikoilla voidaan perustella sitä, että hankintayksikkö ja valittu tarjoaja eivät ole vielä keskenään sopimussuhteessa.

4.2.1. Sopimuksen lähi-ilmiö

Hankintayksikkö ja tarjoaja eivät siis ole vielä sopimussuhteessa, mutta eivät ole aivan vieraitakaan toisilleen, kuten osapuolet ovat sopimuksen ulkoisessa suhteessa. Onko tämän sopimussuhteen ja sopimuksen ulkoisen suhteen välissä olemassa jonkinlaista välimuotoa?

Sopimussuhteen ja sopimuksen ulkoisen suhteen välimuotoa Mononen määrittelee artikkelissaan termillä sopimuksen lähi-ilmiö. Hänen mielestään yksi sopimuksen lähi-ilmiön kriteeri voi olla se, että osapuolilla on velvollisuus tehdä sopimus. He ovat esimerkiksi solmineet esisopimuksen tai ovat sellaisessa tilanteessa, jossa heillä on yhteinen näkemys sopimuksen sisällöstä ja sisältöä on alettu kirjata sopimukseen. Lisäksi sopimusosapuolet ovat sitoutuneet noudattamaan sellaista toimintatapaa, joka johtaa sopimuksen syntymiseen.³⁴

Tämä tutkielmani tapaus voisi näillä kolmella perusteilla olla Monosen määrittelemä sopimuksen lähi-ilmiö, sillä tarjouspyyntö sisältää keskeiset asiat tulevasta hankintasopimuksesta ja tarjoaja on hyväksynyt sopimuksen keskeiset asiasisällöt, kun on tarjouksellaan luvannut täyttää tilaajan palvelulle asettamat vaatimukset. Usein tarjouspyyntöasiakirjojen liitteenä on sopimusluonnos, joka perustuu tarjouspyyntöön. Julkisissa hankinnoissa tarjouspyynnön julkaiseminen tarkoittaa sitä, että haluaa tehdä hankintasopimuksen. Tarjouspyyntöä ei saa julkaista vain kartoittaakseen markkinoita, vaan hankintalainsäädännön mukaan sen tulee johtaa hankintasopimuksen syntymiseen. Tässä esimerkitilanteessa olevat tilaaja ja

³⁴ Mononen (2005) s. 105

tarjoaja ovat pääsäännön mukaan velvollisia solmimaan keskenään hankintasopimuksen, jollei muita sopimusta estäviä seikkoja ilmene.

Toinen Monosen esittämä sopimuksen lähi-ilmiön kriteeri on hänen artikkelissaan nimetty erityissuhteeksi, joka voidaan rinnastaa sopimussuhteeksi. Tunnusmerkkejä tälle erityissuhteelle on mm. se, että osapuolet ovat perehtyneet asiaan ja harkinneet sitä. Erillisen päätöksen tekeminen, johon liittyy hyväksyntä, suostumus tai yhteisymmärrys on hänen mielestään yksi erityissuhteen piirteistä. Erityissuhde asettaa myös toimintavelvoitteita osapuolille ja antaa oikeuden valvoa toisen tekemisiä. Jos näitä kriteereitä peilaa käsittelemääni esimerkkitapaukseen, niin ne sopivat kuvaamaan myös tässä tilanteessa tarjoajan ja tilaajan erityissuhdetta. Tilaaja on tehnyt tarjouspyynnön ja tarjoaja on siihen vastannut eli molemmat ovat hyvinkin perehtyneitä palvelun vaadittavaan sisältöön ja tarjoaja harkinnut osallistumistaan tarjouskilpailuun. Erillinen hankintapäätös on tehty, joten sekin erityissuhteen kriteeri täyttyy. Tarjoaja valvoo tilaajan tekemisiä siten, että tilaaja on velvollinen tekemään sopimuksen voittaneen tarjoajan kanssa ja hänellä on oikeutetut odotukset sopimuksen syntymiselle. Samoin on tilanne myös tilaajan näkökulmasta. Tilaaja on myös siinä käsityksessä, että sopimus syntyy. Näillä Monosen esittämällä perusteilla voidaan sanoa, että tilaajan ja voittaneen tarjoajan välillä vallitsee sopimukseen rinnastettava erityissuhde.³⁵

Sopimukseen rinnastettavan erityissuhteen ja sopimuksentekovelvollisuuden vuoksi tätä esimerkkitilannetta voisi kuvata Monosen käsitteellä sopimuksen lähi-ilmiöksi. Monosen mukaan nämä kriteerit johtavat sopimusvastuun syntymiseen³⁶.

4.2.2. Sopimus olosuhteiden perusteella

Jos hankintapäätöksen jälkeen ei synny lainkaan kirjallista hankintasopimusta, oikeusministeriön julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamiseksi

³⁵ Mononen (2005) s. 106

³⁶ Mononen (2005) s. 105

perustettu työryhmä JUHO – työryhmä on vuonna 2008 esittänyt sopimusoikeudellisen tilanteen linjaukseksi seuraavaa:

Jollei kirjallista sopimusta ole tehty, hankintasopimus voitaisiin katsoa syntyneeksi, mikäli olosuhteista olisi pääteltävissä, että osapuolet ovat jo sitoutuneet sopimuksen täyttämiseen tai että heillä on tarkoitus sitoutua sopimuksen velvoitteisiin.³⁷

Hankintalain mukaan hankintasopimus syntyy vasta hankintasopimuksen allekirjoituksella, mutta markkinaoikeuden ratkaisussa MaO:114/13 arvioidaan hankintasopimuksen tosiasiallista syntymistä olosuhteiden perusteella hankintalain esitöiden kannalta ja sitä, onko käsiteltävässä tapauksessa hankintayksikkö voinut tehdä hankintaoikaisun.

Hankintalain esitöissä (HE 190/2009 vp s. 68) on tältä osin todettu, että jos kirjallista sopimusta ei ole tehty, sopimuksen syntymistä tulee arvioida olosuhteiden perusteella. Oikeussuojakeinojen tehokkaan käytön ja seuraamusten harkinnan kannalta *kirjalliseen sopimukseen tulee rinnastaa tilanteet, joissa olosuhteista voidaan päätellä hankintayksikön ja tarjoajan nimenomaisesti ryhtyneen hankinnan toteuttamiseen*. Asiaa koskevassa harkinnassa tulee erityisesti kiinnittää huomiota siihen, onko hankintayksikkö hankintapäätöksen jälkeen antanut hankinnan toteuttamiselle nimenomaisen suostumuksen tai onko tarjoaja ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen hankintayksikölle siinä määrin, että kyse ei ole enää tavanomaisista, kyseiseen hankintaan kuuluvista valmistelutoimenpiteistä. Esitöissä todetaan, että hankintasopimuksen syntymistä koskeva olosuhteiden arviointi ei kuitenkaan saa estää hankintayksikön ja hankintamenettelyn voittaneen tarjoajan yhteistyön aloittamista sopimusneuvotteluin ja tavanomaisin hankintaa valmistelevin toimenpitein.

Esimerkitapauksessa hankintayksikkö ei ole antanut tarjoajalle muuta varsinaista suostumusta hankinnan toteuttamiseen kuin hankintapäätöksen tiedoksiannon. Hankintayksikkö on aloittanut hankintapäätöksen jälkeen tavanomaiset sopimusneuvottelut tarjoajan kanssa ja valmistellut palveluntuottajan vaihtumista. Olosuhteiden perusteella hankintayksikkö ja tarjoaja eivät ole sopimuksen kaltaisessa tilanteessa, koska normaalikäytännöstä poikkeavaa erityistä hankintamenettelyn aloittamista ei ole tehty.

³⁷ Julkisten hankintojen oikeusjärjestelmän uudistaminen (2008) s. 68

4.2.3. Yhteenveto

Edellä kuvatun perusteella löytyy perusteluja sille, että hankintayksikkö olisi sopimusoikeudellisessa tilanteessa tarjoajan kanssa, mutta perusteluja löytyy kuitenkin myös päinvastaiselle johtopäätökselle. Hankintalain 76 §:n hallituksen esityksen perusteluissa pohdittiin tätä yleisten tuomioistuinten ottaman linjan ja hankintalainsäädännön ristiriitaisuutta. Ristiriitaisuus johtuu siitä, että yleiset tuomioistuimet soveltavat oikeustoimilakia ja hankintamenettelyssä toimitaan hankintalainsäädännön mukaisesti. Koska kyseessä on kuitenkin hankintalainsäädännön mukainen julkinen hankinta, tilanne ei hankintapäätöksen jälkeen ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista ole sopimuksellinen tilanne tarjoajan ja hankintayksikön välillä. Hankintayksikkö on tässä tutkielmani tapauksessa toiminut siten, kuin hankintalainsäädännössä suositellaan eli ilmoittanut tarjouspyyntöasiakirjoissa, että sopimus syntyy vasta hankintasopimuksen allekirjoituksella. Hankintalakia voidaan tässä tilanteessa pitää erityislakina oikeustoimilakiin verrattuna (*lex specialis derogat legi generali*) ja tässä tilanteessa toimitaan hankintalain mukaan. Kokonaisvaltaista sopimusoikeudellista tilannetta tässä ei siis ole, mutta voidaanko hankintapäätöksen jälkeistä tilaa kuvata sopimusneuvotteluiden tilaksi? Tarkastelen seuraavaksi sopimusneuvotteluiden määritelmän soveltuvuutta tähän tutkielmani tilanteeseen.

4.3. Pidetäänkö hankintapäätöksen jälkeistä tilaa sopimusneuvotteluna?

Oikeustoimilain mukaan sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sido osapuolia. Yksityisen sektorin sopimusneuvotteluita käydään yleensä ennen tarjouspyynnön tekemistä. Nämä neuvottelut ennen tarjouspyynnön tekemistä eivät siis ole sitovia. Julkisten hankintojen osalta sopimusneuvotteluja käydään tässä avoimella menettelyllä tapahtuneessa kilpailutusesimerkkitapauksessa tarjouspyynnön, tarjouksen jättämisen ja hankintapäätöksen jälkeen. Saarisen mielestä sopimusneuvottelut julkisten hankintojen hankintamenettelyssä alkavat jo hankintayksikön tarjouspyynnöllä. Jos sopimusneuvottelujen katsotaan alkavan jo tarjouspyyntövaiheessa, niin tällä perusteella voidaan sanoa, että

julkisten hankintojen sopimusneuvottelut ovat alkuvaiheessaan hyvin säädeltyjä.³⁸ Hankintapäätöksen jälkeisiä sopimusneuvotteluja varten ei hankilainsäädännössä juuri ole säädöksiä.

Hankintayksikön käymät neuvottelut valitun toimittajan kanssa eivät ole vielä sopimusoikeuden aluetta, mutta toisaalta ne eivät ole kokonaan sopimuksen ulkopuolistakaan aluetta. Neuvottelukumppanit eivät ole toisilleen täysin vieraita niin kuin on laita sopimuksen ulkopuolisessa tilanteessa. Kappaleessa 4.1. käsittelin tarjouksen sitovuutta ja tällä sitovuudella on merkitystä arvioitaessa sitä, ovatko osapuolet täysin vieraita toisilleen vai eivät. Mielestäni tarjouksen sitovuus nostaa osapuolet sopimuksen ulkoisesta tilanteesta ja vastuusta lähemmäs sopimusoikeudellista tilannetta.

Voidaan myös pohtia sitä, ovatko esimerkiksi avoimen menettelyn jälkeen tehdyn hankintapäätöksen jälkeiset neuvottelut lainkaan sopimusneuvotteluja? Hankintasopimus ei saa poiketa oleellisesti tarjouspyynnöstä. Jos hankintasopimus poikkeaa merkittävästi tarjouspyynnöstä, voidaan hankintasopimuksen sanoa koskevan jo kokonaan eri hankintaa. Näin ollen hankintapäätöksen jälkeen jää kovin vähän sovittavaa hankintasopimukseen pääsemiseksi. Tämän ajattelutavan perusteella neuvotteluja ei juuri voi kutsua sopimusneuvotteluiksi. Mutta jos lähdetään Saarisen ajatuksesta, että julkisten hankintojen sopimusneuvottelut hankintasopimuksen saamiseksi alkavat jo tarjouspyynnöstä, niin neuvotteluja kyllä käydään sopimusta varten, ne vain poikkeavat yksityisen puolen neuvotteluista merkittäväksi.

Toinen seikka, joka kuvaa yksityisen sektorin sopimusneuvotteluja on se, että yksityisellä sektorilla vallitsee sopimusvapaus ja tilaaja voi neuvotella sopimuksesta minkä yrityksen kanssa tahansa. Julkiset hankinnat ovat tässäkin suhteessa erityisessä asemassa. Tiettyä euromäärää kalliimmat hankinnat on kilpailutettava ja sopimus on tehtävä tarjouskilpailussa kokonaisedullisimman tarjouksen tehneen tahon kanssa eli hankintalaissa on velvoitteet toimia näin eikä sopimusta ole mahdollista solmia vapaasti kenen tarjoajan kanssa haluaa. Jos hankintayksikkö ei toimi hankintalain mukaisesti, markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön korjaamaan virheensä. Tällaisia velvollisuuksia tai sanktioita ei ole sopimusvapauden alueella toimivilla yksityisillä yrityksillä.

³⁸ Saarinen (2008) s.102

Hankintalainsäädännössä on tarkat menettelytapamääräykset kilpailutusvaiheen toimenpiteille, mutta hankintapäätöksen jälkeen käydyille neuvotteluille ei ole säädöksiä. Vaikka hankintapäätöksen jälkeen sopimusneuvotteluille ei juuri jää paljon liikkumavaraa, niin kuitenkin hankintapäätöksen ja tarjoajien valitusaikojen täyttymisen jälkeen valmistellaan hankintasopimusta. Hankintapäätöksen jälkeen neuvottelevat osapuolet eivät ole täysin vieraita toisilleen, koska heillä on jo yhteinen näkemys tuotettavasta palvelusta ja sen laadusta eli sopimuksen oleellisista, merkittävistä ehdoista. Tämän yhteisen näkemyksen perusteella sopimuksen ulkopuolinen tilanne ei kovin hyvin kuvaa tätä esimerkkitalannetta. Hankintalainsäädännön perusteella ei tässä tilanteessa ole vielä kysymys sopimustilanteestakaan, joten näiden kahden tilanteen väliin jäävää aluetta voitaisiin hankintamenettelyssäkin kutsua sopimusneuvottelutilanteeksi.

5. RIKKOMUS SOPIMUSNEUVOTTELUIDEN AIKANA

Tässä käytännön ongelmatilanteessa tarjoaja on antanut vääriä tietoja tarjouspyyntöasiakirjoissa eikä ole korjannut näitä tietoja vielä hankintapäätöksen jälkeisten sopimusneuvotteluidenkaan aikana. Jos hankintayksikkö vie tätä asiaa eteenpäin tuomioistuimen ratkaistavaksi, vahingonkorvausriita-asiaa käsiteltäessä tarkastellaan aluksi sitä, onko vahinko tapahtunut sopimussuhteessa vai sellaisessa tilanteessa, jossa voimassa olevaa sopimusta ei ole. Sopimuksen ulkopuolista vahingonkorvausvastuuta kutsutaan myös deliktivastuuksi³⁹. Hankintayksikkö on tehnyt tarjouskilpailun perusteella hankintapäätöksen, mutta hankintasopimusta ei ole vielä allekirjoitettu. Takana on kilpailutusprosessi ja tarjouspyyntöasiakirjoissa on nimenomainen maininta siitä, että sopimus syntyy vasta hankintasopimuksen allekirjoittamisen yhteydessä.

Jos hankintayksikkö lähtee hakemaan tarjouskilpailun ensiksi voittaneelta, sittemmin hylätyltä tarjoajalta vahingonkorvausta aiheutuneista ylimääräisistä kustannuksista, mihin vahingonkorvausvaatimus perustuu? Edellisessä luvussa todettiin, että julkinen hankintamenettely voidaan lukea sopimusneuvotteluihin kuuluvaksi alueeksi. Perustuuko sopimusneuvotteluiden aikaisen rikkeen korvausvastuu sopimusoikeudellisiin perusteisiin vai sopimuksen ulkoiseen vastuuseen? Tarkastelen seuraavaksi sopimusneuvotteluja sääteleviä säädöksiä ja oikeuskäytäntöä.

5.1. Sopimuksentekotuottamuksen määritelmä

Sopimusneuvotteluja ei saa käydä siten, että toista osapuolta johdetaan harhaan ja että toiselle syntyy lisäkustannuksia tai vahinkoa. Yksityissektorilla sopimusneuvottelut eivät pääsääntöisesti sido neuvotteluosapuolia, mutta poikkeustapauksissa sopimusneuvottelujen katkaiseminen voi kuitenkin synnyttää korvausvastuun.

³⁹ Mononen (2005) s. 103

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO:2011:6 arvioinut sopimuksen syntymistä ja sopimusneuvotteluiden merkitystä. Ratkaisun perusteluissa on pohdittu sopimuksentekotuottamusta (korkein oikeus käyttää termiä sopimuksentekorikkomus) ja siitä seuraavaa korvausvastuuta:

Jo sopimusneuvotteluiden käyminen voi tietyin edellytyksin synnyttää toiselle osapuolelle velvollisuuksia tai korvausvastuunkin toista osapuolta kohtaan. Varsinkin silloin, jos toinen osapuoli on omalla menettelyllään synnyttänyt neuvottelukumppanissaan perusteltuja odotuksia sopimuksen tekemiseen ja viimeksi mainittu osapuoli näihin odotuksiin luottaen ryhtyy valmistelu- tai muihin toimenpiteisiin, perusteeton vetäytyminen sopimuksen tekemisestä voi synnyttää korvausvastuun sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden mukaisesti.

Sopimuksentekotuottamuksena voidaan pitää tilannetta, että osapuolten neuvottelema sopimus on jostain syystä jäänyt syntymättä ja toinen osapuoli kokee kärsineensä vahinkoa käymistään sopimuksentekoneuvotteluista ja sopimuksen syntymättömyydestä. Sopimuksentekotuottamus siis tarkoittaa rikkomusta, joka on tehty sopimusneuvottelujen aikana. Se voi olla joko sopimusneuvotteluiden perusteeton keskeyttäminen tai sopimuksen pätemättömyydestä johtuvaa vahingonkorvausvastuuta⁴⁰. Vahinkoa kärsinyt osapuoli on saanut sellaista informaatiota sopimusneuvotteluiden aikana, että sen mielestä sopimus tullaan solmimaan. Sopimuksentekotuottamus voi oikeuskirjallisuudessa esiintyä sen alkuperäisellä nimellä culpa in contrahendo tai neuvottelurikkomus. Oikeuskäytännössä esiintyy nimitys sopimuksentekorikkomus. Saksalainen culpa in contrahendo – opin mukaan sopimusta valmisteleva siirtyy sopimuksen ulkoisesta tilanteesta sopimusoikeudellisten periaatteiden alueelle⁴¹. Sopimuksentekotuottamus voidaan määritellä myös neuvottelulolaliteetin rikkomuksena.

Sopimuksentekotuottamus voidaan jakaa kahteen eri ryhmään eli siihen, jossa tuottamus aiheuttaa sopimusneuvotteluiden keskeyttämisen ja toisessa tilanteessa sopimuksen pätemättömyyden. Ryhmien jako perustuu siihen, syntyykö osapuolten välillä sopimusta vai ei. Tässä esimerkkitalanteessa

⁴⁰ Hemmo (2003) s. 204

⁴¹ von Ihering (1861) s.8

sopimusta ei synny tarjoajan puuttuvan kelpoisuuden vuoksi, joten keskityn käsittelemään tätä ensimmäistä ryhmää eli neuvotteluiden keskeytymistä.

Hemmo on jakanut sopimusneuvotteluiden katkeamiseen perustuvan korvausvastuun syyt kolmeen osaan: pitkäaikaisten neuvotteluiden katkaiseminen, sovittujen neuvotteluperiaatteiden rikkominen ja sopimusneuvotteluiden aikaiset väärinkäytökset⁴². Pitkään jatkuneet sopimusneuvottelut ja niistä vetäytyminen voivat aiheuttaa korvausvastuun, koska toinen osapuoli on luottanut sopimuksen syntymiseen ja toiminut sen mukaisesti. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:2009:45 osakeyhtiö oli neuvotellut kiinteistönomistajan kanssa liiketilojen vuokraamisesta yli vuoden ajan. Osakeyhtiö kuitenkin keskeytti neuvottelut eikä vuokrasopimusta syntynyt. Kiinteistönomistaja oletti pitkään jatkuneiden neuvotteluiden seurauksena vuokrasopimuksen syntyvän. Korkein oikeus määräsi osakeyhtiön maksamaan kiinteistönomistajalle menetetyt vuokratulot sekä korvaamaan korjauskustannuksia, joita kiinteistönomistaja oli tehnyt liikehuoneistoon osakeyhtiön pyynnöstä. Tässä esimerkissä kuvataan siis pitkien neuvottelujen synnyttämää korvausvastuuta.

Toinen Hemmon määrittelemä korvausvastuun peruste on se, että on sovittu etukäteen tiettyjen neuvottelukäytäntöjen noudattamisesta. Vastuuperuste syntyy, kun toinen osapuoli rikkoo näitä sovittuja neuvottelun periaatteita.⁴³ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:1996:84 asianosaiset olivat edellyttäneet, että heidän välillään sovelletaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita. Kunta oli kuitenkin tehnyt urakkasopimuksen toisen tarjoajan kanssa vastoin urakkakilpailun periaatteita ja korkein oikeus määräsi kunnan korvaamaan yhtiölle saamatta jääneen voiton.

Kolmas vastuuperuste, joka voi Hemmon mielestä aiheuttaa vahingonkorvausvastuun, on hylättävä neuvottelumenettely. Neuvotteluihin on ryhdytty ilman, että olisi aikomustakaan solmia sopimusta⁴⁴. Hylättävänä neuvottelumenettelynä voidaan pitää myös sitä, että toinen osapuoli on antanut

⁴² Hemmo (2003) s. 208 - 209

⁴³ Ibid. s. 209

⁴⁴ Tieva (2009) s.906

vääriä tai harhaanjohtavia tietoja sopimusneuvotteluissa tai tarkoituksenaan vain vakoilla toisen osapuolen liikesalaisuuksia⁴⁵. Harhaanjohtavien tietojen antamista voidaan käsitellä myös oikeustoimilain 30§:n mukaisena petollisena viettelynä⁴⁶. Näin varsinkin silloin, kun osapuolella olisi ollut velvollisuus kertoa asiasta toiselle sopimusosapuolelle ja jos salatulla asialla on oleellinen merkitys sopimuksen syntymiselle⁴⁷. Myös kauppalain (355/1987) 18§:n mukaan tavarassa on virhe, jos tavara ei vastaa niitä tietoja, jotka myyjä on antanut tavarän ominaisuuksista ennen kaupantekoa ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.

Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978) säättää siitä, että elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä. Lain 2§:ssä sanotaan, että elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua, joka koskee omaa tai toisen elinkeinotoimintaa ja on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.

Tutkielmani tilanteessa hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen ja tarjoaja on tarjouksen jättämisellään ja siinä antamallaan vakuutuksella saattanut tilaajan siihen käsitykseen, että tarjoaja pystyy tuottamaan tilaajan laatuvaatimuksen mukaisen palvelun. Tilaaja on myös siinä käsityksessä, että sopimus tullaan solmimaan ja sopimuksesta todella neuvotellaan. Hankintayksikkö on ryhtynyt tarjoajien muutoksenhakuajkojen umpeuduttua valmistelevaan palvelun toimittajan vaihtumista. Valittu tarjoaja ei kuitenkaan todellisuudessa täytä tilaajan edellyttämiä vähimmäisvaatimuksia. Tarjoaja on antanut vääriä tietoja soveltuvuudestaan ja palvelustaan. Jos tilaaja olisi tiennyt tarjoajan tilanteen, olisi se sulkenut kyseisen tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Edellä kuvatuista vastuuperusteiden vaihtoehtoista hylättävän neuvottelumenettelyn kohta kuvaa tutkielman tapauksessa tapahtunutta sopimuksentekotuottamusta ja korvausvastuuta.

⁴⁵ Sthålbberg, Karhu (2013) s.53

⁴⁶ Saarnilehto (2002) s. 70

⁴⁷ Ibid. 121 -122

Sopimuksentekotuottamuksesta ei ole mitään erillistä säädöstä, vaan korvausvastuu perustuu lakiin kirjoittamattomien normien eli sopimusneuvottelujen periaatteille⁴⁸. Elinkeinonharjoittajan on kuitenkin toimittava hyvän liiketavan mukaisesti, ettei riko lakia sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Korkeimman oikeuden ratkaisussa 1999:48 vahingonkorvauksen perusteena ovat sopimusoikeudelliset periaatteet eikä päätöksessä mainita lainkaan vahingonkorvauslakia.

Sopimusneuvotteluja ei ole lupa käydä niin, että toinen tulee harhaanjohtetuksi tai muuten kärsii vahinkoa. Osapuoli, jonka luottamusta ja sopimusneuvottelujen synnyttämiä perusteltuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta.

Sopimusoikeudellisiin periaatteisiin on viitattu oikeuden ratkaisussa ja vastuuperusteissa, mutta mitä nämä sopimusneuvotteluihin sovellettavat sopimusoikeudelliset periaatteet sitten käytännössä ovat?

5.2. Sopimusneuvotteluiden periaatteet

Sopimusneuvottelut käydään sopimusosapuolten välillä siten, että ensinnäkin neuvotteluosapuolet luottavat toistensa antamiin tietoihin ja sopimuksen syntymiseen (luottamuksensuoja) sekä toisena seikkana osapuolet ottavat neuvottelujen kuluessa omien etujensa lisäksi huomioon myös jossain määrin toisen neuvotteluosapuolen edut (lojaliteettiperiaate). Luottamusperiaate on siis suhteessa neuvottelukumppanin perusteltuihin odotuksiin, kun taas lojaliteettiperiaate suhteutuu omien etujen, mutta myös neuvottelukumppanin aseman ja etujen huomioon ottamisena sopimusneuvottelujen aikana.

Hemmon kirjoittaa, että sopimusneuvotteluita koskevat velvoitteet määräytyvät sen oikeusalan yleisiin oppeihin, jota kyseinen sopimusneuvottelu koskee. Näin ollen julkisten hankintojen sopimusneuvottelut soveltavat hankintalainsäädännön periaatteita.⁴⁹ Saarisen mielestä vahingonkorvausvastuu hankintamenettelyssä muistuttaisi

⁴⁸ Kaisto (2009) s. 148, Hemmo (1998) s. 215, Mononen (2004) s. 1386

⁴⁹ Hemmo (1998) s. 203

sopimusneuvotteluiden mukaista vastuutilannetta ja velvoitteissa noudatettaisiin hankintalain yleisiä oppeja⁵⁰. Hänen mukaansa sopimusneuvottelut hankintamenettelyssä alkavat hankintayksikön tarjouspyynnöllä ja tällä perusteella hän sanoo, että julkisten hankintojen sopimusneuvottelut ovat hyvin säädeltyjä.

Hankintalainsäädännössä ei mainita näitä sopimusneuvotteluiden periaatteita, vaan hankintamenettelyn periaatteet ovat mainittu hankintalain 2§:ssä. Näiden periaatteiden mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväkseen vallitsevat kilpailuolosuhteet, kohdeltava tarjoajia tasapuolisesti ja syrjimättä. Kilpailutuksessa ja hankinnassa hankintayksikön on toimittava avoimesti ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti. Nämä periaatteet ovat hankintayksikön velvollisuuksia, mutta hankintalaissa ei mainita, että nämä periaatteet olisivat myös tarjoajia velvoittavia periaatteita. Toisaalta hankintalainsäädännössä ei mainita näitä sopimusoikeudellisia periaatteita, koska hankintalainsäädäntö säätelee vain hankintamenettelyä, mutta ei lainkaan sopimusoikeudellisia tilanteita.

5.2.1. Luottamuksensuoja

Hallintolain (434/2003) 6§ määrittelee hallinnon oikeusperiaatteita ja yksi niistä luottamuksensuoja. Viranomaisten toimien on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Luottamuksensuoja voidaan siis käsittää liittyvän yksityishenkilön ja viranomaisen väliseen toimintaan, mutta sitä voidaan soveltaa myös esimerkiksi sopimusneuvotteluissa yksityisten tahojen kesken.

Luottamusta on tutkittu paljon muilla tieteenaloilla ja esimerkiksi Fukuyama on käsitellyt tätä aihetta kirjassaan Trust. Hän määrittelee luottamuksen ”sosiaalisesti sitovana mekanismina, joka luo ja ylläpitää solidaarisuutta yhteisön jäsenten kesken”.⁵¹ Neuvotteluosapuolet luottavat siihen, että toinen neuvotteluosapuoli toimii siten, kuten on luvannut ja yhdessä sovittu. Sopimussidonnaisuus voi syntyä myös alalla vallitsevasta yleisistä

⁵⁰ Saarinen (2008) s. 101

⁵¹ Fukuyama (1995) s.155–156

sopimuskäytännöistä eli sopimusmoraalista. Tästä käytännöstä esimerkkinä on hyvä liikemiestapa. Tällaista luottamukseen perustuvaa sopimuksen syntymistä voidaan kutsua luottamusmalliksi tai -teoriaksi⁵². Osapuolille on syntynyt neuvotteluista perusteltuja odotuksia sopimuksen syntymisestä ja he voivat luottaa siihen, että odotukset ja lupaukset täyttyvät⁵³.

Culpa in contrahendo – oppi eli oppi sopimuksentekotuottamuksesta korostaa luottamuksensuojaa ja sitä, että luottamuksen merkitys on sopimusneuvotteluissa suurempi kuin sopimuksen ulkopuolisessa suhteessa⁵⁴.

Ukkola yhdistää artikkelissaan julkisten hankintojen periaatteet, eli avoimuuden ja syrjimättömyyden, sekä luottamuksensuojanperiaatteen. Tarjouskilpailuun osallistuvat saavat tarjouksen tekemiseen tarvittavaa tietoa ainoastaan hankintayksiköltä. Tarjoajalla on oikeutettuja odotuksia hankintayksikön tiedon ominaisuuksien suhteen. Luottamuksensuojaperiaate realisoituu Ukkolan mukaan tarjouskilpailussa siinä, että tarjoajan pitää pystyä luottamaan hankintayksikön antaman tiedon oikeellisuuteen, muuttumattomuuteen ja samanaikaisuuteen kaikille tarjoajille.⁵⁵ Tässäkin huomataan se, että hankintalainsäädäntö asettaa velvollisuuksia hankintayksikölle ja oikeuksia tarjoajille, mutta ei päinvastoin.

Oikeuskäytännössä on useita luottamusta käsitteleviä ratkaisuja. Niissä todetaan, että hankintayksiköllä on oikeus luottaa tarjoajien tarjouksissaan esittämiin tietoihin. Esimerkiksi ratkaisussaan MaO:107/10 markkinaoikeus on todennut seuraavaa:

Markkinaoikeus toteaa, että hankintayksiköllä on oikeus luottaa tarjoajien tarjouksissaan esittämiin tietoihin. Koska hankintayksiköllä ei asiassa esitetyn selvityksen mukaan ole ollut aihetta epäillä annettujen tietojen oikeellisuutta, markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksikkö ole menetellyt virheellisesti, kun se ei ole sulkenut voittanutta tarjoajaa tällä perusteella tarjouskilpailun ulkopuolelle.

⁵² Tolonen (2000a) s. 78–79

⁵³ Tieva (2009) s.910

⁵⁴ Hemmo (1998) s. 202

⁵⁵ Ukkola (2013) s. 12

Markkinaoikeuden uudessa ratkaisussa MaO:105/14, jossa Rovaniemen kaupunki oli hankkimassa kodinkoneita, markkinaoikeus lausuu lisäksi tarjouksesta ja tarjouksesta annettavista tiedoista seuraavaa:

Kun hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti oikeus luottaa tarjoajan tarjouksissaan ilmoittamiin tietoihin ja kun vielä otetaan huomioon, että tarjoaja vastaa tarjouksessaan ilmoittamiensa tietojen paikkansapitävyydestä, markkinaoikeus katsoo, ettei hankintayksikkö ole menetellyt hankintasäännösten vastaisesti arvioidessaan voittaneen tarjoajan tarjouksen tarjouspyynnön mukaiseksi ja ottaessaan sen mukaan tarjousten vertailuun. Voittanut tarjoaja on sitoutunut tarjouksen tekemisellä hankinnan kohteena olevan jää-pakastinkaapin toimittamiseen tarjouspyynnön ehtojen mukaisesti ja tarjouksessa ilmoittamallaan hinnalla koko sopimuskaudelle.

Oikeuskäytännössä on siis vakiintuneesti katsottu, että hankintayksiköllä on lähtökohtaisesti oikeus luottaa tarjoajan tarjouksen sisältöön, ellei sillä ole perusteltua syytä muuta epäillä. Vastaavasti tarjoajat vastaavat tarjouksensa sisällöstä. Sekä tilaajan että tuottajan on voitava luottaa siihen, että sovitut asiat toteutuvat. Tässä tutkielmani aiheena olevassa tilanteessa tilaajalla on oikeus luottaa siihen, että tarjoaja on antanut tarjouskilpailussa oikeita tietoja ja tarjoaja on sitoutunut tuottamaan hankintayksikön kilpailuttamat palvelut tarjouspyynnössä esitetyllä tavalla.

5.2.2. Lojaliteettivelvollisuus tai lojaliteettiperiaate

Lojaliteettivelvollisuutta kutsutaan eurooppalaisessa sopimusoikeudessa ”good faith and fair dealing”, joka voidaan suomentaa hyvän uskon vaatimukseksi.⁵⁶ Suomalainen Lars Erik Taxell on kirjoittanut kirjan ”Avtal och rättskydd” ja se käsittelee sopimuksentekotuottamusta ja tämä kirja on laajasti tunnettu Suomessa, mutta myös Pohjoismaissa. Taxell on julkaissut kirjoituksia myös lojaliteetista ja sen liittymisestä sopimusoikeuteen.

Taxellin mukaan lojaliteettivelvollisuus voidaan määritellä siten, että se on yleisnimitys kaikille velvollisuuksille, joita neuvotteluosapuolilla on toisiaan

⁵⁶ Mähönen (2000) s.143

kohtaan. Tähän määritelmään sisältyvät Taxellin mukaan OikTL 33§:n mukaiset kunnianvastaiset ja arvottomat oikeustoimet kieltävä säännös sekä velvollisuudet neuvotteluosapuolta kohtaan (mm. tiedonantovelvollisuus ja uskollisuusvelvollisuus).⁵⁷ Muukkosen mukaan taas lojaliteettivelvollisuus voidaan erottaa omaksi, erilliseksi velvollisuudeksi toista neuvotteluosapuolta kohtaan. Hän erottaa kuitenkin yleisen ja erityisen lojaliteettivelvollisuuden toisistaan. Erityinen lojaliteettivelvollisuus perustuu lakiin ja koskee esimerkiksi asianajajia.⁵⁸

Lojaliteettivelvollisuudella tarkoitetaan siis velvollisuutta ottaa sopimusneuvotteluissa vastapuolen edut huomioon tietyssä määrin eikä vain toimia omaa etuaan ajatellen. Velvollisuuden noudattamisen ei kuitenkaan tule vaarantaa kohtuuttomasti sopimuksesta aiheutuvia omia oikeuksia⁵⁹. Tämä tarkoittaa tiedollista yhdenvertaisuutta. Tietojen salaaminen tai vääristäminen sopimusneuvotteluiden aikana ei tue tiedollista yhdenvertaisuutta eikä näin ollen ole neuvottelulojaliteettiperiaatteen mukaista toimintaa. Lojaliteettivelvollisuuden takia sopimusneuvotteluiden aikana tulisi tehdä tietyt tiedoksiannot ja huomautukset, jotka vaikuttavat olennaisesti sopimukseen. Toisaalta velvoite myös vaatii pidättäytymään kohtuuttomien ja ankarien keinojen käyttämisestä tulevaa sopimuskumppania kohtaan⁶⁰.

Lojaliteettivelvollisuus korostuu erityisesti, kun ollaan solmimassa pitkäkestoista sopimusta. Jos tässä sopimuksessa sovitaan yhteisestä kehittämisprojektista, velvollisuus lojaliteettiin korostuu entisestään. Tolosen mielestä lojaliteettiperiaatteen tunnusmerkkejä ovat sopimuskumppaneiden yhteinen päämäärä, luottamus toisiinsa ja yhteinen toiminta⁶¹. Mähönen pitää lojaliteettivelvollisuutta sellaisena oikeutena, josta sopimusosapuoli ei voi ennakolta luopua eli se olisi indispositiivinen säännös⁶².

⁵⁷ Taxell (1977) s. 148–155

⁵⁸ Muukkonen (1993) s. 1030–1048

⁵⁹ Nystén-Haarala (1999) s. 203–204, Tieva (2006) s. 246

⁶⁰ Hemmo (2003) s. 53

⁶¹ Tolonen (2000b) s. 88

⁶² Mähönen (2000) s.141

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:2008:91 on käytetty yhtenä ratkaisuperusteena lojaliteettivelvollisuutta ja sopimusneuvottelujen lojaliteettivelvoitetta on ratkaisussa määritelty seuraavasti:

Sopimuksesta neuvoteltaessa osapuolten velvollisuutena on, omaa etua valvoessaankin, ottaa huomioon myös vastapuolen edut. Sopimusneuvotteluihin ryhtyminen synnyttää keskinäisen lojaliteettivelvoitteen, jonka perusteella neuvottelijoiden tulee menetellä niin, ettei toinen osapuoli erehdy sopimuksen olennaisista edellytyksistä tai merkityksestä.

Samoin lojaliteettivelvollisuutta on käsitelty markkinaoikeuden ratkaisussa 116/13, joka koskee Kuopion oikeusaputoimiston holhoustoimen edunvalvontapalveluiden kilpailutusta. Tässä kilpailutuksessa tarjoajan edustaja oli sopimusneuvotteluissa salannut talousrikoksen esitutinnan. Hankintayksikkö perusteli tarjoajan poissulkemista hankintamenettelystä sillä, että ”todettu salaaminen ei vastaa sitä lojaliteettivelvollisuutta, mikä sopimusneuvottelujen osapuolella on toista osapuolta kohtaan neuvoteltaessa puheena olevan kaltaisen hankinnan toteuttamisesta. Huomioon ottaen hankinnan kohde, joka edellyttää erityistä luottamusta, tällaisen tiedon salaamista on pidettävä vakavana virheenä ammattitoiminnassa.”

Tässä Kuopion tapauksessa hankintayksikkö oli saanut tiedon asiasta ennen hankintapäätöksen tekemistä ja sulkenut kyseisen tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Markkinaoikeus on todennut kyseisen asian salaamisen olevan vakava virhe ammattitoiminnassa, koska neuvottelijan on tullut tietää, että rikostutkinnalla on merkitystä hankintamenettelyyn.

Neuvotteluosapuolten luottamusta suojataan ja neuvotteluiden aikana neuvottelijoita veloitetaan ottamaan toisen neuvotteluosapuolen edut kohtuullisessa määrin huomioon. Nämä ovat neuvotteluiden aikana noudatettavia sopimusoikeudellisia periaatteita. Jos näitä periaatteita ei noudata, voidaan puhua sopimuksentekorikkomuksesta. Seuraavassa luvussa käsitellän sopimuksentekorikkomusta vahingonkorvausperusteena.

6. VAHINGONKORVAUS SOPIMUKSEN TEKOTUOTTAMUKSESTA

Hankintayksikkö on irtisanonut aikaisemman palvelusopimuksen ja se ehtii todennäköisesti päättyä ennen kuin hankintayksikkö saa valittua uuden palveluntuottajan ja tämä pääsee aloittamaan toiminnan. Jos uuden toimittajan kanssa ei ehditä saada sopimusta aikaan, ennen kuin vanha sopimus loppuu, kuinka palvelu järjestetään? Ehkä aikaisempi palveluntuottaja suostuu toimittamaan palvelun vielä sopimuksen irtisanomisen jälkeen, muttei ehkä samalla hinnalla kuin aikaisemmin. Muun muassa näistä korkeammista kustannuksista aiheutuu tilaajalle vahinkoa. Tulisiko ensiksi voittaneen tarjoajan korvata tämä hankintayksikölle aiheutuva vahinko?

Hankintayksikön toinen mahdollisuus olisi vaatia sopimuksen täyttämistä eli tarjoajan kanssa solmittaisiin hankintasopimus⁶³. Se ei kuitenkaan puuttuvien kelpoisuusvaatimusten vuoksi ole mahdollista eikä myöskään siksi, että tarjoaja on syyllistynyt sopimuksentekotuottamukseen.

Julkisissa hankintamenettelyissä vahingot ovat pääsääntöisesti taloudellisia. Nämä varallisuusvahingot muodostuvat neuvottelukustannuksista, tilapäisjärjestelyistä ja joissakin tilanteissa saamatta jääneestä liikevoitosta. Todellisia vahinkoja on siis syntynyt, mutta mitkä ovat edellytykset sille, että hankintayksikkö saa vahingonkorvausta?

6.1. Edellytykset vahingonkorvaukselle

Vahingonkorvausoikeuden lähtökohta on se, että jokainen vastaa itselle sattuneiden vahinkojen seuraukset, ellei vahingonkorvauksen saamiseen ole jokin peruste. Normaalien käyttäytymissääntöjen perusteellakin on selvää, ettei toiselle saa aiheuttaa vahinkoa ja vahingonkorvausvastuu perustuu tähän kieltoon⁶⁴. Lainsäädäntö määrittää sen, minkälainen vahinkoa aiheuttava

⁶³ Hemmo ()

⁶⁴ Mononen (2005) s. 91

toiminta on vastoin lakia ja milloin tällaisesta toiminnasta aiheutuvat vahingot ovat korvattavia vahinkoa kärsineelle osapuolelle⁶⁵.

Koska tutkielmani aihe käsittelee sopimuksentekotuottamusta, tarkastelen tässä esityksessäni vain sopimuksentekotuottamukseen liittyviä vastuuperusteita. Hemmo kirjoittaa, että sopimuksentekotuottamuksen korvausvastuu voi perustua mm. kulujen aiheuttamiseen vilpillisellä menettelyllä, tarjouksen tekijöiden syrjimiseen, sopimuksen syntymistä koskevaan luottamukseen, pätemättömään sopimukseen sekä sopimuksen solmimista edeltävän tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin⁶⁶. Näistä Hemmon esittämistä vastuuperusteista soveltuisivat tähän esimerkitapaukseen kulujen aiheuttaminen vilpillisellä menettelyllä, sopimuksen syntymistä koskevan luottamuksen rikkominen ja sopimuksen solmimista edeltävän tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti.

Pöyhönen (nykyisin Karhu) listaa väitöskirjassaan keskeisimpiä sopimuksen vastuelementtejä ja ne ovat kulujen korvausvastuu (negatiivinen sopimusetu), saadun hyödyn korvaaminen, oikeutettujen odotusten korvausvastuu, sopimushyödyn korvausvastuu (positiivinen sopimusetu) ja luontoissuoritusvastuu⁶⁷. Vaikka nämä vastuut koskevat sopimusvastuuta, näistä sovellettavaksi voisivat tulla myös sopimuksentekotuottamuksen kohdalla kulujen korvausvastuu, jota Hemmo kutsui kulujen aiheuttamiseksi vilpillisellä menettelyllä sekä oikeutettujen odotusten korvausvastuu tai sopimuksen syntymistä koskevan luottamuksen rikkomisesta aiheutuva vastuu. Sopimushyödyn korvausvastuu voi tulla joissakin tapauksissa aiheelliseksi ja käsittelen sitä myöhemmin tässä luvussa kohdassa 6.2. sopimuksentekotuottamuksen aiheuttamat kustannukset sekä 6.3.4. positiivisen vai negatiivisen sopimusedun soveltuvuutta käsittelevässä kappaleessa.

Tässä tapauksessa vastuun perusteena on siis sopimuksentekotuottamus, mutta vastuuperusteen lisäksi tulee vielä pohtia syy-yhteyttä

⁶⁵ Mononen (2005) s.91

⁶⁶ Hemmo (1998) s. 203–204

⁶⁷ Pöyhönen (1998) s. 218–219

sopimuksentekotuottamuksen ja vahingon välillä sekä teon tuottamuksellisuutta sekä vahingon ennakoitavuutta.

6.1.1. Syy-yhteys

Vahingonteon ja vahingon välillä on oltava syy-yhteys, jotta vahingonkorvaus voitaisiin määrätä⁶⁸. Ei siis voi vaatia maksettavaksi vahingonkorvausta, jos aiheutuneet kulut olisivat toteutuneet, vaikka oikeudenvastaista menettelyä ei olisi tapahtunutkaan. Ensiksikin luonnonlakien tai yleisen tietämyksen perusteella on voitava ajatella, että kuvattu teko, toiminta tai laiminlyönti, on vahingon syy. Tätä kutsutaan syy-seuraus-suhteeksi. Toiseksi syy-seuraus-suhteen tulee olla riittävä, että vahingonkorvausvastuu syntyy⁶⁹. Riittävyyttä voidaan kuvata todennäköisyydellä eli esimerkiksi niin, että jos teko tapahtuu, vahinko voi syntyä, vahinko syntyy todennäköisesti tai vahinko syntyy varmasti.

Tässä tapauksessa tarjoajan antamien väärin tietojen on pitänyt olla syynä hankintayksikön lisäkustannuksiin, jotta voidaan puhua syy-yhteydestä. Jos tarjoajan tiedot olisivat olleet todellisuutta vastaavia, niin hankintayksikkö olisi sulkenut tarjoajan pois tarjouskilpailusta ja tehnyt oikeiden tietojen perusteella hankintapäätöksen. Totuudenmukaisiin tietoihin perustuvan hankintapäätöksen jälkeen olisi valmisteltu hankintasopimusta ja valittu palveluntuottaja olisi aloittanut toimintansa suunnitellun mukaisesti. Siinä tilanteessa hankintayksikön ei olisi tarvinnut tehdä kalliimmalla hinnalla väliaikaisjärjestelyjä aikaisemman palveluntuottajan kanssa, niin kuin nyt piti viivästyneen tuottajan valinnan vuoksi. Hankintayksikkö on joutunut käymään kahdet sopimusneuvottelut. Ensin käytiin neuvottelut virheellisten tietojen perustella valitun tarjoajan kanssa ja sitten toiset neuvottelut totuudenmukaisten tietojen perusteella valitun tarjoajan kanssa.

Hallituksen esityksessä HE 50/2006 hankintalain muuttamiseksi selostetaan julkisten hankintojen vahingonkorvauspykälän taustoja.

⁶⁸ Saarinen (2008) s. 109

⁶⁹ Sthåhlberg, Karhu (2013) s.11

Koska taloudellisen vahingon toteennäyttäminen on yleensä vaikeaa, näyttötaakkaan liittyvät helpotukset on nykyisessä hankintalaissa laajennettu koskemaan kaikkia hankintoja hankinnan arvosta ja hankintayksikön toimialasta riippumatta. Säännös säilyisi tältä osin ennallaan eli kevennetty näyttötaakka koskisi kaikkia hankintalain soveltamisen piiriin kuuluvia hankintoja.

Kevennetty näyttötaakka on siis kirjattu hankintalakiin, mutta kuitenkin vaadittavien vahinkojen suhteen siinä on eroja. Vaadittaessa sopimusneuvotteluiden aikana syntyneitä kustannuksia korvattavaksi näyttötaakka syy-yhteyden suhteen on alempana kuin syy-yhteyden näyttötaakka vaadittaessa sopimuksen menettämisestä johtuvaa menetettyä liikevoittoa tai tilapäisjärjestelyistä koituneita lisäkustannuksia⁷⁰. Tämä tarkoittaa neuvottelukustannusten osalta sitä, että ylimääraisten kustannusten ja vahingon väliseksi syy-yhteydeksi riittää se, että väärin tietojen antaminen on voinut aiheuttaa ylimääraisiä neuvottelukustannuksia. Jos vaaditaan menetettyä liikevoittoa, teon ja vahinkojen välillä syy-yhteyden asteeksi vaaditaan varmempaa todennäköisyyttä.

6.1.2. Tuottamuksellisuus

Sopimusneuvotteluista on lupa vetäytyä ilman korvausvastuuta. Mutta jos vetäytyminen johtuu hyvän tavan vastaisesta toiminnasta tai muusta sen kaltaisesta toiminnasta, tällöin teon voidaan katsoa olevan tuottamuksellista ja tuottamuksellinen vetäytyminen voi johtaa korvausvastuuseen⁷¹. Tuottamuksen voidaan myös sanoa olevan huolellisuusvelvoitteen rikkomista. Huolellisuusvelvollisuuden rikkomistilanteessa ei ole enää kyse sopimusneuvotteluiden yleisestä toimintavapaudesta, vaan silloin toimitaan jo sopimusneuvotteluiden kielletyllä alueella, oikeudenvastaisuuden alueella. Kuitenkaan vahingonkorvauslain mukainen hyvän tavan vastaisen toiminnan vahingonkorvaus ei automaattisesti lankea maksettavaksi, jos teko on tehty

⁷⁰ Virtanen (2003) s. 636, Saarinen (2008) s.110

⁷¹ Hemmo (1998) s. 210

tuottamuksellisesti⁷². Tuottamuksellisuudessa on neljää eri astetta: tahallisuus, törkeä huolimattomuus, tavallinen huolimattomuus ja lievä huolimattomuus. Hemmon mielestä tällä tuottamuksen asteella ei kuitenkaan ole suurta merkitystä sille, että onko teko ollut tuottamuksellinen vai ei. Lieväkin huolimattomuus on hänen mielestään tuottamuksellista.⁷³

Klami-Wettersteinin mielestä neuvotteluosapuolen vaikeneminen sopimukseen vaikuttavasta seikasta (esim. puuttuvasta kelpoisuudesta) voi merkitä tuottamusta. Hän viittaa korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO:2009:45, jossa vaikeneva osapuoli antoi tahallaan toisen osapuolen valmistella sopimusta ja syyllistyi näin tuottamukselliseen tekoon.⁷⁴ Tällaisen tiedon salaaminen voidaan katsoa laiminlyönniksi ja laiminlyönti taas voidaan katsoa tuottamuksellisuuden ilmentymäksi⁷⁵.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:2011:54 korkein oikeus on pohtiessaan sopimusneuvottelujen aikaista korvausvastuuta lisännyt perusteluihin tuottamuksellisuuden:

kohta 21. Sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sido osapuolia, ja osapuolet voivat vetäytyä niistä yleensä ilman haitallisia seuraamuksia. Oikeuskäytännössä (KKO 1984 II 181 ja KKO 2009:45) on kuitenkin katsottu, että perusteeton vetäytyminen neuvotteluista voi johtaa korvausvastuuseen sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden mukaisesti. Näin voi olla varsinkin silloin, kun toinen osapuoli on tahallaan tai huolimattomuudesta synnyttänyt neuvottelukumppanissaan perustellun luottamuksen sopimuksen solmimiseen tai on moitittavalla tavalla ylläpitänyt tätä luottamusta.

Mononen on esittänyt ajatuksen, jonka mukaan tuottamusarvioinnin sijasta voitaisiin sopimusneuvotteluissa korostaa luottamuksensuojaa. Korvausvastuu perustuisi siinä tapauksessa kysymykseen, kuinka vahvoja toisen neuvotteluosapuolen odotukset sopimuksen syntymisestä ovat. Pitkään jatkuneiden, hyvin lähellä yhteisymmärrystä sopimuksen ehdoista olevien neuvotteluiden katkaiseminen aiheuttaisi korvausvastuun, koska tässä

⁷² Hemmo (1998). s. 101

⁷³ Hemmo (2005) s. 47- 48

⁷⁴ Klami-Wetterstein (2010) s. 8

⁷⁵ Hemmo (2005) s. 38

vaiheessa toinen sopimusosapuoli on siinä käsityksessä, että sopimuksen syntyminen on kutakuinkin varmaa.⁷⁶

Kaisto nostaa esille sen seikan, että hankintalainsäädännössä tätä tuottamusvaatimusta ei erikseen mainita⁷⁷. Hankintayksikkö on velvollinen korvaamaan vahingon vain sillä perusteella, että virheellinen menettely on aiheuttanut tarjoajalle vahinkoa, vaikka toiminta ei olisi ollut tahallista. Toimiiko tämä toisinkin päin? Tarjoajan tahallista toimintaa ei tarvitsisi erikseen osoittaa, vaan riittäisi pelkästään vahinkojen ja virheellisen toiminnan osoittaminen?

Mielestäni valitun tarjoajan sopimusneuvotteluiden aikainen väärin tietojen antaminen on tahallista tai ainakin törkeää huolimattomuutta. Tarjoajan on pitänyt tietää, että vähimmäisvaatimusten puuttuessa hänellä ei ole mahdollisuutta saada hankintasopimusta, koska tarjouspyynnössä on lueteltu poissulkemisperusteet. Jos vähimmäisvaatimukset eivät täyty tai niiden täyttyminen ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista on epävarmaa, niin tarjoajan olisi pitänyt tästä itse informoida viimeistään sopimusneuvotteluiden aikana. Tarjoaja ei ole antanut tilanteesta oikeaa, todellista kuvaa. Jos tällaista tietojen salaamista ei voida pitää tahallisena, niin toiminta oli ainakin törkeää huolimattomuutta. Tässä tapauksessa arvioitiinpa sitä hankintalainsäädännön tai yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden perusteella, tarjoajan toiminta on ollut tuottamuksellista.

6.1.3. Vahingon ennakoitavuus

Hankintayksikkö on voinut luottaa tarjoajan tietojen oikeellisuuteen. Markkinaoikeuden tapauksessa 105/14, jossa Rovaniemen kaupunki hankki kodin elektroniikkaa, markkinaoikeus toteaa perusteluissa, että ”hankintayksiköllä on oikeus luottaa tarjouksessa annettuihin tietoihin”. Kuinka hankintayksikkö olisi voinut ennakoida väärin tietojen antamisen? Vaihtoehtona olisi ollut tarkistaa kaikilta tarjoajilta soveltuvuuteen liittyvät asiat jo tarjouksen jättövaiheessa. Tämä on mahdollista, mutta lisää hallinnollista

⁷⁶ Mononen (2004) s.1386

⁷⁷ Kaisto (2009) s. 237

työtä sekä tarjoajalle tarjousten jättövaiheessa että hankintayksikölle tarjousten käsittelyvaiheessa, jossa käsiteltävänä voi olla kymmeniä tarjouksia. Tämä toimintatapa, että tarjoajan soveltuvuus tarkistetaan vasta ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista, on julkisissa hankinnoissa yleinen toimintatapa eikä hankintayksikkö ole sen vuoksi toiminut yleisten käytännön vastaisesti.

Hankintayksikkö olisi voinut tarkistaa soveltuvuuden heti hankintapäätöksen jälkeen, jolloin sopimusneuvotteluihin ei olisi lainkaan ryhdytty. Tarjoajalle on kuitenkin haluttu antaa aikaa vähimmäisvaatimuksen täyttämiseen. Tarvittavaa henkilökuntaa ei tarvitse palkata eikä tiloja vuokrata siltä varalta, jos voittaa tarjouskilpailun. Tarjouspyyntöön on kirjattu, että vähimmäisvaatimukset tulee täyttyä vasta ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista. Näillä perusteilla hankintayksiköllä ei ole ollut todellisia mahdollisuuksia ennakoida tätä tilannetta.

6.2. Sopimuksentekotuottamuksen aiheuttamat kustannukset

Sopimuksentekotuottamus on aiheuttanut hankintayksikölle ylimääräisiä kuluja mm. ylimääräisiä neuvottelukustannuksia, matkakustannuksia, väliaikaisen toiminnan järjestämisestä aiheutuneita kuluja ja oikeudenkäynnistä johtuvia kuluja. Lisäksi hankintayksikkö on menettänyt sopimusetua.

6.2.1. Neuvottelukustannukset

Sopimusneuvotteluihin on mahdollisesti käytetty runsaasti aikaa ja resursseja. Neuvotteluihin on voinut osallistua useampia henkilöitä ja neuvottelut on voitu käydä toisella paikkakunnalla, mistä on aiheutunut matkakustannuksia.

Sopimusneuvotteluissa olleiden hankintayksikön viranhaltijoiden työtä ei nykykäytännön mukaan voida laskea neuvottelukustannuksiin, koska sopimusneuvottelut kuuluvat heidän virkatyöhönsä ja heidän palkkakustannuksensa ovat hankintayksikön kiinteitä kustannuksia. Viranhaltijoiden palkka maksetaan vahingosta riippumatta, joten viranhaltijoiden palkkakustannuksilla ja vahingolla ei ole syy-yhteyttä toisiinsa. Toisaalta

julkisella sektorillakin kaikki työt tuotteistetaan ja palveluille lasketaan hinta. Lakimiehen ja substanssiasiantuntijoiden työlle voitaisiin saada tuntihinta, joka voitaisiin laskea mukaan neuvottelukustannuksiin, jos se olisi mahdollista vaatia vahingonkorvauksena.

Jos sopimusta ensiksi voittaneen tarjoajan kanssa on ollut hankintayksikön puolesta laatimassa ulkopuolinen ostopalveluna ostettu asiantuntija, hänen ylimääräiset, ensiksi voittaneeseen tarjoajayritykseen kohdistuneet työ- ja matkakustannuksensa voidaan lisätä neuvottelukustannuksiin, koska kustannus on liitettävissä tarjoajan virheelliseen menettelyyn. Ylimääräisistä neuvottelukustannuksista on aiheutunut hankintayksikölle sellaisia kustannuksia, joita ei olisi syntynyt ilman tarjoajan virheellistä menettelyä. Samalla perusteella viranhaltijoiden neuvottelumatkojen matkakustannuksia voidaan vaatia maksettavaksi ylimääräisinä neuvottelukustannuksina.

6.2.2. Korvaava palvelu

Toinen taloudellinen menetys hankintayksikölle syntyy korvaavan palvelun hankkimisesta uuden hankintasopimuksen viivästymisen johdosta. Hankintayksikön tulee osoittaa, että normaalin hankintamenettelyn seurauksena hankintayksikkö ei olisi tarvinnut korvaavaa palvelua. Uusi sopimustuottaja olisi päässyt aloittamaan toimintansa siitä alkaen, kun aikaisempi tuottaja olisi lopettanut tuotannon sopimuksen päättymisen johdosta, jos hankintaoikaisua ja uutta päätöstä ei olisi tarvinnut tehdä. Tästä korvaavasta palvelusta aiheutunut ylimääräinen kustannus eli taloudellinen menetys on osoitettavissa aikaisemman palveluhinnan ja korvaavan palveluhinnan erotuksena, joka kerrotaan lisäpalvelun oston kestoajalla.

6.2.3. Saamatta jäänyt voitto

Kouvolan hovioikeuden ratkaisussa KouHO:2010:8 on pohdittu vahingonkorvauksen määrää ja saamatta jäänyttä voittoa. Ratkaisun perusteluissa on seuraava perustelu:

Hallituksen esityksen (HE 69/1997 vp, s. 20) 8 §:n yksityiskohtaisten perustelujen mukaan vahinkoa voi syntyä tarjoajalle lähinnä tarjouskilpailuun osallistumisesta aiheutuneina kustannuksina ja saamatta jääneenä voittona. Talousvaliokunnan mietinnön 24/1997 mukaan vahingonkorvauksen tuomitsemiseen sovelletaan positiivisen sopimusedun periaatetta. Myös oikeuskäytännössä on katsottu, että kieltäytyminen sovitun urakan solmimisesta tai tarjouskilpailun ehtojen mukaisen parhaan tarjouksen hyväksymisestä johtaa oikeuteen saada korvausta positiivisen sopimusedun perusteella saamatta jääneestä voitosta (KKO1996:84 ja KKO1999:48). Siten A:lla on oikeus saada korvausta saamatta jääneestä voitosta. Positiivisen sopimusedun korvauksen lähtökohtana on se voitto, jonka täytetty sopimus olisi tuottanut. Vahingonkärsijän velvollisuutena on kuitenkin pyrkiä torjumaan ja rajoittamaan vahinkoa. Ennakkotapauksissa on todettu, että vahingon täsmällinen määrä on vaikea näyttää täsmällisesti toteen. Oikeuskäytännössä vahingon määrä on arvioitu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 6 §:n nojalla.

Tarjoaja pyytää vahingonkorvauksena saamatta jäänyttä voittoa, mutta voiko hankintayksikkö pyytää menetyksenä edellä kuvattua hinnan erotusta koko hankintasopimuskaudelta? Siinä tapauksessa ensiksi voittanut, sittemmin hylätty tarjoaja olisi velvollinen korvaamaan hankintayksikölle aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä toiseksi edullisimman tarjouksen ja oman tarjouksensa välisen hinnanerotuksen koko hankintasopimuksen ajalta.

Tällaisesta tapauksesta on esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisu KKO:2008:57, jossa Helsingin kaupungin liikennelaitos hankki linja-autojen vuorokausihuoltotöitä ja perussiivousta, hankintayksikkö vaati vahingonkorvauksena taloudellista menetystä. Voittanut tarjoaja vetäytyi hankintamenettelystä hankintapäätöksen jälkeen ja HKL haki vahingonkorvausta vetäytyneeltä tarjoajalta seuraavasti:

Engelin kieltäytymisen vuoksi HKL oli joutunut tilaamaan kyseisen hankinnan tarjouskilpailussa toiseksi edullisemman tarjouksen tehneeltä 351 258 euroa kalliimmalla hinnalla, mistä oli aiheutunut kaupungille vastaavan suuruinen vahinko. Engel oli velvollinen korvaamaan kaupungille aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä toiseksi edullisimman tarjouksen ja Engelin tarjouksen välisen hinnanerotuksen.

Tähän tapaukseen vedoten hankintayksikkö voi vaatia ensiksi voittaneen tarjouksen ja toiseksi tuleen tarjouksen hinnan erotusta vahingonkorvauksena.

6.2.4. Oikeudenkäyntikulut

Tietysti hankintayksikölle aiheutuu kuluja myös itse oikeudenkäynnistä. Hankintalain muutoksenhaku- ja seuraamusluvun 89§ viitataan oikeudenkäyntikulujen korvaamisessa hallintolainkäyttölakiin (586/1996), mutta tätä pykälää sovellettaessa arvioidaan markkinaoikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa määrättäviä oikeudenkäynnistä aiheutuneita kuluja. Vahingonkorvausasiassa yleiset tuomioistuimet toimivat oikeudenkäymiskaaren perustuen. Oikeudenkäymiskaaren 21 luku säättää riita-asian oikeudenkäymiskuluista. Pääsääntö on se, että asianosainen, joka häviää asian, on velvollinen korvaamaan kaikki vastapuolensa tarpeellisista toimenpiteistä johtuvat kohtuulliset oikeudenkäyntikulut, jollei muualla oikeudenkäymiskaarella toisin säädetä. OK:21:8 mukaan korvattavia oikeudenkäyntikuluja ovat oikeudenkäynnin valmistelusta ja asian tuomioistuimessa ajamisesta sekä asiamiehen tai avustajan palkkiosta aiheutuneet kustannukset. Korvausta suoritetaan myös oikeudenkäynnin asianosaiselle aiheuttamasta työstä ja oikeudenkäyntiin välittömästi liittyvästä menetyksestä.

Jos hankintayksikön oma lakimies on tuomioistuimessa ajamassa hankintayksikön asiaa, hänen oikeuden käyntiin tekemästä matkasta aiheutuneet kustannuksensa voidaan merkitä hankintayksikön oikeudenkäymiskuluiksi. Asian valmistelu ja asian ajaminen tuomioistuimessa kuuluu hänen virkatyöhönsä, joten siihen kuluva työpanosta ei yleensä vaadita korvattavaksi. Vaikka se vaadittaisiinkin, sitä ei todennäköisesti määrätä maksettavaksi, koska kyseinen kustannus ei ole vahingosta aiheutuva. Lakimiehen palkka maksettaisiin joka tapauksessa. Jos hankintayksikkö ostaa asian ajamista ja oikeudenkäyntiä varten ulkopuolisen asianajajan palveluita, niin tästä aiheutuneet kustannukset ovat sellaisia, jotka hankintayksikkö voi vaatia vastapuolelta.

6.3. Vahingonkorvauksen määräytyminen

Kuten aikaisemmin on todettu, sopimuksentekorikkomusta voidaan käsitellä joko sopimuksen ulkoisena tilanteena tai sopimuksen kaltaisena tilanteena. Käsittelen seuraavassa, kuinka tämä erilainen käsittely vaikuttaa vahingonkorvauksen määräytymiseen.

6.3.1. Vahingonkorvaus sopimuksen ulkoisen vastuun mukaan

Tarjouspyyntöasiakirjoissa on hankintalainsäädännön mukainen merkintä siitä, että sopimus syntyy vasta hankintasopimuksen allekirjoittamisella. Tällä voidaan perustella se, että sopimuksentekotuottamus on tapahtunut sopimuksen ulkoisella alueella riippumatta siitä, lasketaanko tarjouskilpailuaika sopimusneuvotteluihin vai ei.

Jos siis sopimusneuvotteluita pidetään sopimuksen ulkoisena tilanteena, kuten Saarnilehtokin asian tulkitsee, niin siinä tilanteessa vastuuta säätelee yleislakina pidetty vahingonkorvauslaki. Saarnilehto perustaa käsityksensä sille, että sopimusoikeudellisia periaatteita ja vastuuta sovelletaan vain, kun vastuu perustuu virheelliseen sopimuksen täyttämiseen⁷⁸. Sopimuksettomassa tilanteessa sovelletaan hänen mielestään vain vahingonkorvauslakia eikä sopimusoikeudellisia periaatteita. Saarnilehto on sitä mieltä, että sopimuksentekotuottamus sinänsä määräytyy itsenäisesti, mutta korvaukset määräytyvät lähinnä vahingonkorvauslain mukaan.

Vahingonkorvauslain ensimmäisen luvun 1§:n mukaan vahingonkorvauslaki ei koske sopimukseen perustuvaa korvausvastuuta, joten soveltamisalueeksi jää sopimuksen ulkoinen korvausvastuu. Vahingonkorvauslain 1§ on seuraava:

Vahingon korvaamiseen on sovellettava tämän lain säännöksiä. Tämä laki ei kuitenkaan koske, ellei tässä tai muussa laissa toisin säädetä, sopimukseen perustuvaa tai muussa laissa säädettyä korvausvastuuta.

⁷⁸ Saarnilehto () s. 351

VahL 2§:n 1momentin mukaan, joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvaamaan vahingon, jollei vahingonkorvauslaissa muuta säädetä. Tämä tarkoittaa sitä, että sopimusneuvotteluiden aikainen virheellinen toiminnan tulee olla tahallista tai tuottamuksellista, että sopimuksentekotuottamuksen johdosta syntynyt vahinko tulee vahingonkorvauslain mukaan korvattavaksi. Culpa in contrahendo – oppi on suomen kieleen käännetty *sopimuksentekotuottamuksena*, joten sopimusneuvotteluissa tapahtunut rikkomus on tämän opin mukaan tuottamuksellista ja tuottamuksen perusteella korvausvastuu syntyy.

Toiseksi tämä VahL 2§:n 2 momentti säättää täyden korvauksen periaatteesta. ”Jos vahinko on aiheutettu tahallisesti, on kuitenkin täysi korvaus tuomittava, jollei erityisistä syistä harkita kohtuulliseksi alentaa korvausta.” Culpa in contrahendo – opin ja tämän momentin yhdistäminen johtaisi siihen, että tarjoaja joutuisi korvaamaan kaikki hankintayksikön vahingot täysimääräisinä. Tämä on korvattavuuden pääsääntö.

Vahingonkorvauslain viides luku säättää korvattavasta vahingosta ja rajaa taloudellisten vahinkojen korvattavuutta. VahL 5:1 sanotaan, että ”milloin vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä, käsittää vahingonkorvaus hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon”. Vahingonkorvauslain säätelemässä sopimuksenulkaisessa vastuussa taloudelliset vahingot tulevat korvattaviksi vain poikkeustapauksissa, koska korvattavuuteen tulee olla jokin erityisen painava syy ja erityiset syyt tulevat sovellettavaksi vain harvoin. Hemmon on tehnyt tästä päätelmän, jonka mukaan, jos sopimuksentekoneuvottelut kuuluisivat sopimuksen ulkoisen vahingonkorvauksen piiriin, niin sopimuksentekotuottamus vain harvoin johtaisi minkäänlaiseen vahingonkorvausvastuuseen⁷⁹. Toinen vaihtoehto sopimuksentekotuottamuksen korvattavuuteen on se, että jokin erityislaki säätelee varallisuusvahinkojen korvausvastuusta⁸⁰.

⁷⁹ Hemmo (2003) s. 205

⁸⁰ Hemmo (1998) s. 56

Varallisuusvahinkojen korvausvastuun määräytymisessä korostuu Hemmon mielestä oikeudenvastaisuus⁸¹. Jos VahL 5:1 erityisen painavaan syyhyn esimerkiksi hyvän tavanvastaisuuteen liittyy lisäksi tuottamuksellisuus, voivat taloudelliset vahingot tulla korvattavaksi myös sopimuksen ulkoisissa suhteissa⁸².

Julkisissa hankinnoissa sopimuksentekotuottamuksen aiheuttamat vahingot ovat, kuten kappaleessa 6.2. todettiin, taloudellisia vahinkoja. Tutkielmani aiheena olevassa esimerkkitilanteessa erehdyttänyt tarjoaja ei syylistynyt VahL 5:1 kohdan mukaiseen rangaistavaan tekoon eikä se käyttänyt julkista valtaa tarjotessaan palveluaan hankintayksikölle. Jos tämän tarjoajan neuvotteluissa tapahtunut sopimuksentekotuottamus katsotaan hyvän tavan vastaiseksi toiminnaksi, niin siinä tapauksessa toiminta on myös tuottamuksellista⁸³. Hemmon mielestä sopimuksenkaltaisen tilanteen aikana tapahtuneen tuottamuksen kyseessä ollessa voitaisiin taloudellisten vahinkojen korvaamista harkita VahL5:1 erittäin painavana syynä⁸⁴.

Muutamia oikeustapauksia sopimuksentekotuottamuksen aiheuttamista vahingonkorvauksista kuitenkin on olemassa. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2005:105 oikeus määrittelee hyvän liiketavan vastaista toimintaa ja sen korvausvastuuta sekä perustelee vahingonkorvauslain painavien syiden olemassaoloa seuraavasti:

Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain 1 §:n 1 momentin mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä. Saman lain 2 §:n mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää totuudenvastaista tai harhaanjohtavaa ilmaisua, joka koskee omaa tai toisen elinkeinotoimintaa ja on omiaan vaikuttamaan hyödykkeen kysyntään tai tarjontaan taikka vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa. Myöskään ei saa käyttää asiaan kuulumattomia seikkoja sisältävää eikä esitystavaltaan tai muodoltaan sopimatonta ilmaisua, joka on omiaan vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa.

⁸¹ Hemmo (2005) s. 25

⁸² Hemmo (1998) s. 77

⁸³ Hemmo (1998) s. 208

⁸⁴ Hemmo (1998) s. 77

Jos joku ryhtyy elinkeinotoiminnassa tahalliseen menettelyyn, joka on hyvän liiketavan vastaista tai muutoin sopimatonta ja siten lain vastaista, tietäen menettelyn olevan omiaan aiheuttamaan toisen liiketoiminnassa taloudellisia menetyksiä, on mainitun vahingonkorvauslain 5 luvun 1§:ssä säädetyn edellytyksen täyttymisen kannalta lähtökohtaisesti sellaisista seikoista, jotka puhuvat vahingonkorvausvelvollisuuden puolesta. Tällöin pitäisi olla erityisiä vastasyitä, että korvausvelvollisuutta ei syntyisi.

Toisena esimerkkinä on julkista hankintaa koskeva korkeimman oikeuden ratkaisu KKO:2008:57, jossa Helsingin kaupungin liikennelaitos hankki linja-autojen vuorokausihuoltotöitä ja perussiivousta. Voittanut tarjoaja vetäytyi hankintayksikön tekemän hankintapäätöksen jälkeen ja HKL haki vahingonkorvausta vetäytyneeltä tarjoajalta seuraavasti:

Engelin kieltäytymisen vuoksi HKL oli joutunut tilaamaan kyseisen hankinnan tarjouskilpailussa toiseksi edullisemman tarjouksen tehneeltä 351 258 euroa kalliimmalla hinnalla, mistä oli aiheutunut kaupungille vastaavan suuruinen vahinko. Engel oli velvollinen korvaamaan kaupungille aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä toiseksi edullisimman tarjouksen ja Engelin tarjouksen välisen hinnanerotuksen.

Mainituilla perusteilla Helsingin kaupunki vaati, että Engel veloitetaan suorittamaan sille korvauksena sopimusrikkomuksesta 351 258 euroa korkoineen.

Hovioikeus harkitsi vahingonkorvauslain 2 luvun 1§:n 2 momentin nojalla, verrattuna oikeustoimilain 36§:n 1 ja 3 momenttiin perustuvan kohtuullistamisen perusteella kohtuullisen korvauksen olevan kaupungille maksettava 200.000 euron vahingonkorvaus.

Helsingin hovioikeus kohtuullisti vahingonkorvausvaatimusta, mutta tuomitsi kuitenkin vahingonkorvauksen vahingonkorvauslain mukaan. Korkein oikeus ei muuttanut tätä Helsingin hovioikeuden vahingonkorvaustuomiota.

Kolmantena esimerkkinä voidaan pitää vanhempaa korkeimman oikeuden ratkaisua KKO:1990:26, jossa vakuutusasiamies oli esittänyt vakuutuksenottajalle virheellisen tulkinnan vakuutusehdoista ja tämän vuoksi vakuutuksen ottajalta oli jäänyt vakuutuskorvaus saamatta. Perusteluissa katsottiin, että tapauksessa oli VahL 5§:n 1 mom. mukaisia erityisen painavia syitä korvauksen tuomitsemiselle, koska vakuutusasiamies ei ollut toiminut hyvän liiketavan mukaisesti. Ratkaisu ei kuitenkaan ollut yksimielinen, vaan äänestyksen tulos.

Oikeuskäytännön mukaan erityisen painavana syynä voitaisiin siis pitää hyvän tavan vastaista toimintaa esim. hyvä asianajotapa tai hyvä liiketapa⁸⁵. Hyvän tavan vastaisuus sopimusneuvotteluissa voidaan katsoa VahL:n mukaiseksi erittäin painavaksi syyksi⁸⁶. Näiden lisäksi neuvotteluiden käyminen vilpillisessä mielessä voisi olla vahingonkorvauslain mukainen erityisen painava syy⁸⁷. Tutkielmani tapauksessa tarjoajan toimintaa eli väärin tietojen antamista tarjouskilpailun ja sopimusneuvotteluiden aikana voidaan pitää hyvän tavan vastaisena, tuottamuksellisena toimintana, vilpillisen mielen ilmentymänä ja siksi voisi vahingonkorvauslain 5:1 mukaan olla erityisen painava syy, joka johtaisi taloudellisen vahingon korvausvastuuseen.

6.3.2. Korvauksen määräytyminen sopimusoikeudellisen vastuun mukaan

Saarnilehto liittää sopimuksentekotuottamuksen enemmän sopimuksen ulkopuoliseen vahingonkorvausvastuuseen, kun taas Hemmo näkee sopimuksentekotuottamuksen enemmän sopimusoikeudellisena vastuuperusteena⁸⁸. Julkisella sektorilla neuvotteluosapuolet ovat sopimukseen rinnastettavassa erityissuhteessa, jossa osapuolet eivät ole sopimussuhteessa, mutta ovat riippuvaisia toisistaan jollain muulla tavalla. Mononen luettelee neljä erityistä piirrettä, kuten asiaan perehtyminen ja harkinta, erillinen päätös, erityissuhteeseen liittyvät toimintavelvoitteet ja oikeus valvoa toisen toimenpiteitä⁸⁹. Hankintapäätöstä voidaan pitää Monosen tarkoittamana erillisenä päätöksenä, joka asettaa hankintayksikölle toimintavelvoitteita eli velvoittaa tekemään hankintapäätöksen mukaisen hankintasopimuksen valitun tarjoajan kanssa. Tämän sopimusoikeudellista suhdetta muistuttavan

⁸⁵ Sthålborg, Karhu (2013) s. 326

⁸⁶ Hemmo (1998) s. 72

⁸⁷ Saarnilehto (2009) s. 69

⁸⁸ Mononen (2005) s. 108–109

⁸⁹ Mononen (2005) s. 106

erityissuhteen vuoksi hankintapäätöksen jälkeistä tilannetta voidaan tulkita sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti.

Culpa in contrahendo – opin mukaan sopimusneuvottelujen aikana toimitaan sopimusoikeudellisten vastuiden alaisena. Kun sopimusosapuolet ryhtyvät valmistelemaan sopimusta, he siirtyvät tämän opin mukaan sopimuksen ulkoisesta vastuusta kohti sopimussuhdetta. Samalla he siirtyvät negatiivisen sopimusedun piiristä kohti positiivista sopimusetua⁹⁰. Jos osapuolten väillä olisi sopimus, kaikki aineelliset vahingot tulisivat korvattaviksi ilman erityisedellytyksiä⁹¹.

Vaikka julkiset hankinnat poikkeavat sopimusneuvotteluidenkin osalta muista hankinnoista, sovelletaan myös julkisia hankintoja koskeviin tarjouskilpailuihin sopimusneuvotteluiden periaatteita, joiden perusteella vahingonkorvausvastuut voivat määräytyä⁹². Hemmon mielestä neuvotteluvastuu on ”sopimusoikeudellisesti väritynyt tapausryhmä” ja siksi sitä ei hänen mielestään tulisi pyrkiä sääntelemään vahingonkorvauslain mukaan⁹³.

Hemmon mielestä on kaksi mahdollisuutta saada taloudelliset vahingot vahingonkorvauksen piiriin. Toinen on mahdollisuus laajentaa sopimusoikeudellista aluetta sopimusneuvotteluiden alueelle. Toinen mahdollisuus on se, että sopimusneuvottelut kuuluvat sopimuksen ulkoiseen tilaan, mutta osapuolten suhteen laatu eli reaalisisältö on kuitenkin peruste saada taloudellisesta vahingosta korvausta.⁹⁴

Siinä tapauksessa, että sopimusneuvottelut katsotaan kuuluvan sopimusoikeudellisten periaatteiden alueelle, niin vahingonkorvauslaki väistyy sopimukseen liittyvien säädösten tieltä ja vastuuta arvioidaan sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaisesti⁹⁵. Tätä vahingonkorvauslain

⁹⁰ Hemmo (2003) s.206, (1998) s. 201

⁹¹ Hemmo (2002) s.11

⁹² Hemmo (2003) s. 236

⁹³ Hemmo (2002) s. 20

⁹⁴ Hemmo (2003) s. 78

⁹⁵ Hemmo (2002) s.20

väistymistä kutsutaan väistymisperiaatteeksi⁹⁶. Hemmon mukaan ”tuottamuksellinen menettely neuvotteluvaiheessa voi johtaa korvausvelvollisuuteen, mutta pääsuoritusvelvollisuuksia eli sopimuksen täyttämismenettelyä ei synny ennen kuin neuvottelujen päättyessä varsinaiseen sopimukseen”.

Tarjoaja tiesi, että kyseessä oleva puute palvelussa tai vähimmäisvaatimuksissa johtaisi kilpailusta poissulkemiseen. Tilaaja oli jo ryhtynyt toimenpiteisiin sopimuksen solmimiseksi eli irtisanonut aikaisemman palveluntuottajan kanssa voimassa olevan sopimuksen ja ryhtymällä valmistelevaan uutta sopimusta valitun tuottajan kanssa. Tätä voidaan pitää korvausintressin syntyminenä. Tässä tapauksessa siis voidaan katsoa, että tarjoajan olisi pitänyt lojaliteettivelvollisuuteen vedoten kertoa tilaajalle puuttuvasta edellytyksestä. Toisaalta voidaan sanoa, että tarjoajaa voidaan syyttää myös väärin ja harhaanjohtavien tietojen antamisesta.

Jos osapuolten välillä olisi sopimus, vahingonkorvausasioissa toimittaisiin, kuten sopimuksessa on sovittu. Julkisissa hankintasopimuksissa on hyvä viitata julkisten hankintojen yleisiin sopimusehtoihin JYSE – tavarat tai JYSE palvelut. Näissä sopimusehdoissa säädellään myös vahingonkorvaukseen liittyvistä asioista, jos varsinaisessa sopimuksessa ei ole asiaa käsitelty.

JYSE palveluehdoissa on maininta tilaajan vahingonkorvausoikeudesta ja edellytyksistä korvaukseen. Jos hankintasopimus päättyy palveluntuottajasta johtuvasta syystä eli hankintalain mukaisista poissulkemisperusteista (53 §:ssä mainitut rikokset ja 54 §:ssä mainitut taloudelliset ongelmat ja virheet ammattitoiminnassa), vahingonkorvausta on mahdollista saada lisäedellytysten täytyessä. Lisäedellytyksenä on, että tilaaja pystyy osoittamaan, ettei olisi tehnyt sopimusta palveluntuottajan kanssa, jos tilaaja olisi ollut hankintapäätöstä tehdessään tietoinen palveluntuottajaa koskevista todellisista olosuhteista. Jos tästä palveluntuottajasta johtuvasta sopimuksen päättymisestä on aiheutunut tilaajalle vahinkoa, on tilaajalla oikeus vahingonkorvaukseen sopimuksen ennenaikaisesta päättymisestä aiheutuneesta vahingosta.

⁹⁶ Mononen (2005) s. 103

Tässä tutkielmani tapauksessa voittanut tarjoaja ei täyttänyt tilaajan sille asettamia vähimmäisvaatimuksia eikä kyse ollut tässä JYSE – ehdoissa mainituista hankintalain mukaisista poissulkemisperusteista. Näin ollen näistä yleisistä sopimusehdoista ei löydy vahingonkorvausvastuulle perustetta, vaikka sopimusneuvotteluita katsottaisiin sopimuksen kaltaisena tilana.

Vahingonkorvausvastuu tällä sopimuksentekotuottamuksen eli sopimuksen ulkoisen ja sopimusoikeuden raja-alueella on epäselvää. Sopimuksentekotuottamuksen alueella voidaan soveltaa sopimuksen ulkopuolista vastuuta ja sopimusoikeudellisia periaatteita. Jos voidaan soveltaa kumpaakin vastuumuotoa ja molempien sääntöjä, niin miten ja millä perusteella tehdään valinnat? Tätä vahingonkorvausvastuun raja-aluetta on kutsuttu harmaaksi alueeksi⁹⁷.

6.3.3. Vahingonkorvaus hankintalainsäädännössä

Hankintalain muutoksen yhteydessä 30.4.2010 107§:ssä säädettiin vahingonkorvauksesta. Tämän lain hallituksen esityksessä todetaan vain vahingonkorvauspykälän esitöissä, että tässä on sama sisältö kuin aikaisemmassa hankintalaissa § 84 hallituksen esityksessä (HE 50/2006). Pykälä on samansisältöinen kuin alkuperäisen lain 8§.

Hankintalaissa ei eritellä vahinkojen korvaamisesta sitä, minkälaista vahinkoa vahingonaiheuttaja voisi joutua korvaamaan. Tässä pykälässä ei myöskään ole mainintaa tuottamuksesta eikä tahallisuudesta. Normaali syy-yhteys kuitenkin on oltava tapahtuneen ja vahingon välillä.

Janne Kaiston mielestä hallituksen esityksen sisältöä olisi tulkittava niin, että hankintalaki olisi erityislaki suhteessa vahingonkorvauslakiin (lex specialis derogat legi generali). Tällöin taloudellinen vahinko voitaisiin korvata vahingonkärsineelle⁹⁸.

⁹⁷ Ståhlberg, Karhu (2013) s.49

⁹⁸ Kaisto (2009) s.237

Kun vahingonkorvausvaatimus koskee tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja, korvauksen tuomitsemiseksi riittää, että ehdokas tai tarjoaja näyttää toteen 1 momentissa tarkoitetun virheellisen menettelyn ja sen, että virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Virtanen kirjoittaa, että hankintalainsäädännön vahingonkorvauspykälä on erityissäännös verrattuna vahingonkorvauslakiin ja sen vuoksi myös kaikki taloudelliset vahingot voivat tulla hankintalain mukaan korvattaviksi⁹⁹. Hankintalainsäädäntö säättää tarjoajan oikeudesta vahingonkorvaukseen, mutta sovelletaanko näitä periaatteita kuten alennettua näyttötaakkaa ja kaikkien vahinkojen korvattavuutta myös hankintayksikön hakiessa vahingonkorvausta virheellisesti toimineelta tarjoajalta?

6.3.4. Soveltuuko negatiivinen vai positiivinen sopimusetu

Negatiivinen sopimusetu tarkoittaa sitä, että vahinkoa kärsineelle osapuolelle korvataan hyödyttömiksi jääneet¹⁰⁰ ja sopimusneuvotteluista aiheutuneet kustannukset¹⁰¹. Neuvottelukumppani saatetaan sellaiseen taloudelliseen tilanteeseen kuin neuvotteluita ei olisi käyty. Tätä voidaan kutsua myös luottamusintressiksi¹⁰². Sopimuksen ulkoisessa korvausvastuussa tarkoituksena on säilyttää toimintaedellytykset eli negatiivinen sopimusetu. Jos osapuolten välillä on ollut sopimus, pyritään turvaamaan myös perustellut odotukset sopimuksen täyttymisestä eli puhutaan positiivisesta sopimusedusta¹⁰³. Tämä tarkoittaa sitä, että vastapuoli saatetaan sellaiseen tilanteeseen, kuin sopimus olisi syntynyt. Tätä positiivista sopimusetua puolestaan kutsutaan myös odotusintressiksi¹⁰⁴.

⁹⁹ Virtanen (2008) s. 813

¹⁰⁰ Hemmo (2002) s. 20

¹⁰¹ Tieva (2009) s.907

¹⁰² Hemmo (1998) s. 148

¹⁰³ Mononen (2005) s. 92

¹⁰⁴ Hemmo (1998) s. 148

Suomessa on tuomittu sopimuksentekotuottamuksesta yleensä negatiivisen sopimusedun mukaan¹⁰⁵ eli vahingonkorvauksena on korvattu neuvotteluista aiheutuneet kustannukset. Culpa in contrahendo – opin mukaan neuvotteluloliteetin rikkomus eli sopimuksentekotuottamus on sopimusrikkomus ja siitä seuraa negatiivisen sopimusedun vastuu¹⁰⁶. Opin mukaan toimitaan kuten sopimusoikeudellisten periaatteet edellyttävät, mutta kuitenkin vain neuvottelukustannukset korvataan. Sopimuksentekotuottamuksesta tuomittavan vahingonkorvauksen tulisi olla sen kokoinen, että se korvaisi kaikki neuvotteluista aiheutuneet ylimääräiset kustannukset¹⁰⁷. Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO:1999:48 sopimusrikkomusta koskevassa asiassa korkein oikeus lausui negatiivisen sopimusedun mukaisesta korvauksen määräytymistä koskevissa perusteluissa seuraavaa:

Sopimusneuvotteluja ei ole lupa käydä niin, että toinen tulee harhaanjohtetuksi tai muuten kärsii vahinkoa. Osapuoli, jonka luottamusta ja sopimusneuvottelujen synnyttämiä perusteltuja odotuksia on loukattu, on oikeutettu korvaukseen sopimuksentekorikkomuksen johdosta. Korvaukseen vaikuttaa rikkomuksen laatu ja se seikka, miten pitkälle sopimuksenteossa oli edistytty. Jos sopimus on rikkomuksen vuoksi jäänyt syntymättä, loukatulle osapuolelle on korvattava ainakin sopimusneuvotteluista ja tarpeellisista valmistelutoimenpiteistä aiheutuneet, hukkaan menneet kustannukset.

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO:2009:45 osapuolet olivat neuvotelleet liiketilojen vuokraamisesta. Melkein vuoden kestäneiden neuvotteluiden jälkeen toinen osapuoli ilmoitti vetäytyvänsä neuvotteluista eikä vuokrasopimusta syntynyt. Korkein oikeus määritteli korvausvastuuta tässä tapauksessa, jossa sopimusta ei syntynyt. Perusteluissa määritellään seuraavaa:

Tällaisessa tapauksessa lähtökohtana korvauksen määräämisessä on saattaa loukattu osapuoli sellaiseen asemaan kuin, jos sopimusneuvotteluihin ei olisi ryhdytty.

¹⁰⁵ Tieva (2009) s. 907

¹⁰⁶ Mähönen (2000) s. 141

¹⁰⁷ Saarnilehto (2002) s. 69

Saarnilehto on sitä mieltä, että sopimusneuvottelut ovat sopimuksen ulkopuolista aluetta ja kysymykseen tulevat vain vahingonkorvauslain mukaiset korvaukset. Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvauksena tulee kysymykseen toiselle puolelle aiheutettujen neuvottelukulujen korvaaminen. Korvattavaksi ei tule saamatta jäänyt voitto, jos sopimusta ei ole syntynyt. Korvauksella vahinkoa kärsinyt osapuoli pyritään saattamaan sellaiseen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi ollut, ellei neuvotteluja olisi käyty. Alalla vallitseva tapa voi kuitenkin vaikuttaa korvaukseen.¹⁰⁸

Jos osapuolten välillä on ollut sopimus, pyritään turvaamaan perustellut odotukset sopimuksen täyttymisestä eli puhutaan positiivisesta sopimusedusta. Äsken esittelemässäni korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO:1999:48 korkein oikeus lausui sopimuksentekotuottamuksen johdosta negatiivisen sopimusedun lisäksi positiivisen sopimusedun mukaisesta korvauksen määräytymistä koskevista perusteluista seuraavaa:

Vaihtoehtona voi tulla kysymykseen sopimuksen saamatta jäämisestä johtuvan taloudellisen menetyksen eli niin sanotun positiivisen sopimusedun korvaaminen, jos siihen on erityisiä perusteita. Sellaisia perusteita voidaan katsoa olevan silloin, kun sopimuksentekorikkomus kohdistuu lakiin perustuvaan veloitteeseen solmia sopimus edullisimman tarjouksen tehneen kanssa, kuten on asianlaita julkisia hankintoja koskevan lain osalta (TaVM 24/1997 vp – HE 69/1997 vp). Samalla tavoin on asiaa arvioitava, kun velvoite perustuu sopimukseen menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla. Edullisimman tarjouksen tekijällä on myös tällöin oikeus vaatia, että sopimus tehdään hänen kanssaan.

Aikaisemmin esittelemäni linja-autojen siivousta koskevan hankinnan vahingonkorvausratkaisun KKO:2008:57 perusteluissa sanottiin seuraavaa:

Engelin kieltäytymisen vuoksi HKL oli joutunut tilaamaan kyseisen hankinnan tarjouskilpailussa toiseksi edullisimman tarjouksen tehneeltä SOL Palvelut Oy:ltä 351 258 euroa kalliimmalla hinnalla, mistä oli aiheutunut kaupungille vastaavan suuruinen vahinko. Engel oli velvollinen korvaamaan kaupungille aiheutuneesta taloudellisesta menetyksestä toiseksi edullisimman tarjouksen ja Engelin tarjouksen välisen hinnanerotuksen.

Tällä samalla perusteella hankintayksikkö voisi vaatia vahingonkorvauksena ensiksi voittaneen tarjouksen ja uuden vertailun perusteella voittaneen

¹⁰⁸ Saarnilehto (2009) s. 69

tarjouksen hinnan erotusta vahingonkorvauksena. Tämän kustannuksen pystyy laskemaan tarjouspyyntöasiakirjojen perusteella ja kertomaan tarjouspyynnössä mainitulla hankintasopimuksen kestolla. Tämän kustannuserän saaminen korvattavaksi on kuitenkin oikeuskäytännönkin valossa epävarmaa.

Klami-Wettersteinin mielestä ei pitäisi antaa suurta merkitystä sille, kuuluvat jotkut lisäkustannukset positiivisen vai negatiivisen sopimusedun piiriin, vaan pohtia lisäkustannusten korvattavuutta yleensä¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Klami-Wetterstein (2010) s. 10

7. JOHTOPÄÄTÖKSET JA POHDINTA

Tutkielmani alussa esitin kysymysten muodossa tutkimusongelmani. Tässä seuraavassa luvussa esittelen johtopäätökset ja jälkimmäisessä osassa tutkielmani pohjalta syntyneitä pohdintoja.

7.1. Johtopäätökset

Ensimmäinen tutkimusongelmani oli kysymys siitä, kuinka hankintayksikön tulee toimia, että he saavat valittua uuden palveluntuottajan. Sekä hankintamenettelyn keskeyttämiseen että hankintaoikaisuun hankintayksiköllä on perusteet. Hankintamenettelyn keskeyttäminen on syytä tehdä, jos hankintamenettelyn virhettä ei voi muulla tavoin korjata kuin uudella hankintamenettelyllä. Tällainen virhe on voinut tapahtua hankinnan suunnittelussa, jossa hankinnan arvo on laskettu väärin. Tämä johtaa vääränlaiseen hankintailmoitukseen tai hankintailmoituksen puuttumiseen. Tarjouspyynnön epäselvyys tai virheellisyys johtaa siihen, että ei saada tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia tai saadaan vain yksi hyväksyttävä tarjous. Näitä virheitä ei voi korjata hankintaoikaisulla, vaan hankintayksikön tulee tehdä kokonaan uusi kilpailutus.

Jos tarjoajien kelpoisuuden arvioinnissa tai tarjousten vertailussa on tapahtunut virhe, niin nämä virheet voidaan korjata hankintaoikaisulla. Hankintapäätös voidaan peruuttaa ja sulkea soveltumaton tarjoaja pois tarjouskilpailusta, minkä jälkeen tarjoukset voidaan vertailla uudelleen. Tämän vuoksi Halila ja Aer ajattelevat, että hankintaoikaisu on lähempänä virheen korjaamista kuin kuntalain mukaista oikaisuvaatimusta¹¹⁰.

Tässä kyseisessä tapauksessa hankintayksikön tulee tehdä hankintaoikaisu 60 päivän kuluttua hankintapäätöksestä. Hankintaoikaisussa hankintayksikön pitää sulkea ensiksi voittanut tarjoaja pois tarjouskilpailusta, koska se ei täytä tilaajan vaatimia ehdottomia edellytyksiä. Uutta kilpailutusta ei tarvitse tehdä, koska

¹¹⁰ Halila, Aer (2011) s. 45

tarjouspyynnössä ei ole virhettä. Tarjoajan puuttuva kelpoisuus on syynä hankintamenettelyn keskeyttämiseen ja hankintaoikaisuun. Uusia tarjouksia ei tarvitse pyytää, vaan uusi hankintapäätös voidaan tehdä jo saatujen tarjousten perusteella. Tarjoajista valitaan ehdottomat edellytykset täyttävä paras tarjoaja tuottamaan tilaajan tarvitseman palvelun.

Jos aikaa hankintayksikön tekemästä hankintapäätöksestä on kulunut yli 60 päivää eli hankintayksikkö ei voi enää tehdä hankintaoikaisua, hankintapäätöksen virheen korjaamiseen ei ole muuta mahdollisuutta kuin hankintamenettelyn keskeyttäminen ja uuden kilpailutuksen käynnistäminen.

Toisena kysymyksenä esitin kysymyksen siitä, onko hankintayksikön mahdollista saada vahingonkorvausta viivästyneen hankintasopimuksen solmimisen aiheutuneista ylimääräisistä kustannuksista. Hankintalaki ei tätä hankintayksikön vahingonkorvausoikeutta mahdollista, mutta vahingonkorvausta on hankintayksikön mahdollista hakea yleisten vahingonkorvaussäädösten puitteissa.

Vahingonkorvauksen perusteita selvitettiin ensiksi. Tarjoaja on jättänyt tarjouspyynnön mukaisen tarjouksen, joten tarjous on ollut sitova. Tässä vaiheessa hankintayksikkö ei vielä tiennyt puuttuvasta kelpoisuudesta. Tilaaja on tehnyt hankintapäätöksen ja on siinä uskossa, että sopimus tullaan tekemään. Tilaaja on ryhtynyt valmistelevaan palvelutuottajan vaihtumista ja on irtisanonut aikaisemman sopimuksen. Tarjoaja on ollut tietointen näistä tilaajan tekemistä toimenpiteistä, mutta laiminlöi informointivelvoitteensa toista sopimusneuvottelijaa kohtaan. Sopimusta valmistelevat osapuolet eivät ole täysin vieraita toisilleen, joten tilanteeseen ei enää oikein istu sopimuksen ulkoisen vastuun muodostava tilanne. Toisaalta hankintasopimustakaan ei ole vielä solmittu.

Vaikka hankintapäätöksen jälkeen sopimusneuvotteluille ei juuri hankintalainsäädännön säätelyn vuoksi jää juuri paljon liikkumavaraa, niin hankintapäätöksen ja tarjoajien valitusaikojen täyttymisen jälkeen valmistellaan hankintasopimusta. Tällä perusteella voitaisiin sanoa, että tarjoajan ja tilaajan välistä suhdetta voisi kuvata parhaiten sopimusneuvottelutilanteella. Toisaalta sopimusneuvottelujen voidaan toisen tulkinnan mukaan katsoa alkaneen jo tarjouspyynnön julkaisemisesta ja siihen vastaamisesta.

Sopimusneuvotteluista ei ole erillisiä säädöksiä, vaan niissä toimitaan oikeuskirjallisuudesta löytyvien sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan. Tuomioistuimet ovat antaneet sopimuksentekotuottamuksen johdosta ratkaisuja, joissa on viitattu pelkkiin sopimusoikeudellisiin periaatteisiin eikä ratkaisua ole lainkaan perusteltu lailla esimerkiksi vahingonkorvauslailla.

Tarjoaja on rikkonut hankintayksikön luottamuksensuojaa ja lojaliteettivelvollisuutta neuvottelukumppaniaan kohtaan. Kyseisessä tapauksessa on siis tapahtunut sopimuksentekotuottamus. Hankintalainsäädäntö ei vaadi tuottamusta, jotta tarjoaja tai ehdokas saisi hankintayksiköltä vahingonkorvausta. Näin tulisi olla toisinkin päin, eli tarjoajan toiminnalta ei tarvitsisi edellyttää tuottamusta, että hankintayksikön olisi mahdollista saada vahingonkorvausta. Esimerkkitapauksessa tuottamuksen tunnusmerkit tosin täyttyvät. Tarjoaja on toiminut vastoin hyvää liiketapaa ja tietoisesti antanut tuotteestaan väärää informaatiota. Näitä syitä voidaan pitää vahingonkorvauslain mukaisina erityisen painavina syinä taloudellisten vahinkojen korvattavuuteen.

Jos sopimuksentekotuottamusta pidetään sopimuksen lähi-ilmiönä, niin taloudelliset vahingot ovat ilman erityistä syytä korvattavia sopimusrikkomuksen yhteydessä. Tulkittiinpa sopimuksentekotuottamusta sopimuksen ulkoisen vastuun tai sopimusoikeudellisten periaatteiden perusteella, niin molemmissa tapauksissa neuvottelukustannukset tulevat korvattavaksi eli negatiivinen sopimusedun mukaan.

Hankintayksikölle aiheutui kuitenkin lisäkustannuksia väliaikaisen palvelusopimuksen korkeammasta hinnasta kuin mitä hinta oli ennen sopimuksen irtisanomista. Näitä kustannuksia ei suoranaisesti voi lukea neuvottelukustannuksiin. Hankintalainsäädännössä periaatteena on se, että kaikki taloudelliset lisäkustannukset tulevat korvattavaksi. Tämän väliaikaisen palvelunjärjestämisen kohdalla tulisi soveltaa hankintalain vahingonkorvauspykälän henkeä ja maksaa aikaisemman palvelutuotannon ja kalliimman väliaikaisen palvelutuotannon erotus vahingonkorvauksena hankintayksikölle, koska näiden kustannusten ja teon välillä on syy-yhteys.

Positiivisen sopimusedun kohdalla tulee eroa vahingonkorvauksen suhteen riippuen siitä, katsotaanko sopimuksentekotuottamus kuuluvaksi

deliktivastuuseen vai sopimusoikeudellisten vastuiden piiriin. Jos tuottamus katsotaan kuuluvaksi sopimuksen ulkoiseen vastuuseen, ei toiseksi edullisimman tarjouksen ja ensiksi voittaneen tarjouksen välisen hinnanerotusta ole mahdollista saada vahingonkorvauksena. Jos tuottamus katsotaan kuuluvaksi sopimusoikeudellisten vastuiden piiriin, niin hinnanerotus voi ainakin tulla tuomioistuimen harkittavaksi, tosin sen saaminen on epävarmaa.

Hankintayksikön tulee arvioida onnistumisen mahdollisuuksia ennen vahingonkorvausprosessiin lähtemistään. Kun on selvillä hankinnan lykkäytymisen johdosta aiheutuneiden lisäkustannusten määrä, tulee sitä verrata oikeudenkäynnin läpiviennin vaatimiin kustannuksiin. Mitä suuremmat lisäkustannukset ovat verrattuna prosessin vaatimiin kustannuksiin, sitä suuremmalla syyllä hankintayksikön kannattaa ryhtyä vaatimaan vahingonkorvausta.

Hankintalaissa ei ole erityisiä määräaikoja, joiden kuluessa vahingonkorvausasia pitäisi viedä käräjäoikeuteen. Asian viemiseen käräjäoikeuteen vaikuttaa kuitenkin velan vanhentumista koskeva lainsäädäntö, jonka puitteissa kuitenkin on toimittava, jotta asia otettaisiin tuomioistuimessa käsiteltäväksi. Velan vanhentumisaika on nykyisen lainsäädännön mukaan kolme vuotta (laki velan vanhentumisesta 728/2003 4§).

7.2. Pohdintaa

Hankintayksikkö on kilpailuttanut palveluhankinnan, tehnyt hankintapäätöksen ja valmistelee hankintasopimusta yhdessä voittaneen tarjoajan kanssa. Ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista hankintayksikkö pyytää voittanutta tarjoajaa antamaan selvitykset ja todistukset kelpoisuusvaatimuksista ja soveltuvuudesta. Nämä vaatimukset tarjoaja on vakuuttanut olevan kunnossa tarjouksessaan. Näin ei kuitenkaan ollut ja hankintayksikkö tekee hankintaoikaisun ja sulkee soveltumattoman tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Hankintayksikkö joutuu tekemään uuden tarjousten vertailun ja uuden hankintapäätöksen. Lisäksi hankintayksikkö joutuu järjestämään kalliimmalla palveluhinnalla korvaavan palvelun.

Tässä kyseisessä hankintatapauksessa on kyse pohjimmiltaan hankintayksikön hankintamenettelyn riskein hallinnasta ja ennakoivan sopimusoikeuden mukaan ottamisesta hankinnan suunnitteluvaiheessa. Hankintayksikkö toimi yleisten hankintalainsäädännön mukaisten toimintaperiaatteiden mukaisesti, mutta ei ollut ottanut tällaisen riskin olemassaoloa huomioon. Hankintaa suunniteltaessa hankintayksikön täytyisi analysoida hankintaan liittyvät riskit. Tällainen esimerkkitapauksen riski johtaa väistämättä hankinnan lykkääntymiseen, jopa koko hankintamenettelyn uudelleen käynnistämiseen. Hankinnan lykkääntyminen taas johtaa taloudellisen riskin realisoitumiseen. Taloudellinen riski voi toteutua esimerkiksi pitkäkestoisina, kalliina tilapäisjärjestelyinä.¹¹¹

7.2.1. Riskinhallintakeinot

Vaikka yleinen käytäntö onkin se, että vain tarjouskilpailun voittajaa pyydetään ennen sopimuksen allekirjoittamista todistamaan vähimmäisvaatimusten ja kelpoisuuden täyttyminen, voi hankintayksikkö pyytää todistukset kaikilta tarjouksen jättäjiltä. Jos pyydettyjä todistuksia ei ole tai niitä ei täydentämispyynnön jälkeenkään saada, voidaan tällainen tarjoaja sulkea pois tarjousten vertailusta. Tässä toteutuu tarjousten käsittelyiden vaihteellisuus. Huonona puolena tässä on suuri työ- ja paperimäärä tarjouskilpailussa, mutta sillä suljetaan tutkielman aiheena olevan tilanteen mahdollisuus kokonaan pois.

Tällaisia tilanteita varten on kehitetty tietojärjestelmiä, jotka keräävät tiedot suoraan mm. verottajan tietojärjestelmistä. Tällainen järjestelmä on esimerkiksi Tilaajavastuu.fi/ luotettava kumppani, joka on kehitetty harmaan talouden torjuntaan lain tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä (1233/2006) eli tilaajavastuulain mukaiseksi. Niiden tarjoajayrityksien, jotka ovat rekisteröityneet kyseisen järjestelmän käyttäjiksi, ei tarvitse lähettää tarjouspyynnön mukana paperisia todistuksia, vaan tilaaja voi käydä tarkistamassa mm. verojen maksun tietojärjestelmästä. Tämä järjestelmä auttaa myös tuottajan taloudellisen tilanteen seuraamisessa sopimusvaiheen

111

http://www.logistiikanmaailma.fi/wiki/Julkiset_hankinnat_%E2%80%93_hankintojen_kehitt%C3%A4minen_julkissektorilla#Hankintojen_riskienhallinta

aikana. Muita kuin tilaajavastuulain mukaisia soveltuvuusvaatimuksia järjestelmästä ei saa, kuten henkilöstön pätevyyden tarkistamista, toimitilojen asianmukaisuutta jne., joten hankintayksikölle jää vielä paperisten selvitystenkin käsittelyä.

Jos sopimusoikeus muuttuu siihen suuntaan, että luottamuksensuojaperiaate korostuu ja sen vuoksi korvausvastuu ankaroituu, tulee hankintayksiköiden kiinnittää enemmän huomiota riskien hallintaan ja ennakointiin¹¹².

7.2.2. Riskinhallinnan arviointia

Jos hankintayksikkö vaatisi, että näiden ehdottomien edellytysten tulisi täyttyä jo hankintapäätöksen tekohetkellä, voisi tämä johtaa markkinoiden kapeutumiseen. Oikeuskäytännön mukaan tällaisen vaatiminen olisi kohtuutonta ja tarjoajien epätasa-arvoista kohtelua. Tällainen toimintatapa estäisi uusien toimijoiden pääsyä markkinoille tai uudelle toimialueelle. Uusi hankintadirektiivi (2014/24/EU) pyrkii parantamaan pienten ja keskisuurten yritysten asemaa julkisissa hankintamenettelyissä. Uuden hankintadirektiivin 59 artiklassa on määräys, että hankintaviranomaisten on hyväksyttävä tarjoajien omat lausunnot alustavana näyttönä siitä, että ehdokkaat ja tarjoajat täyttävät vaadittavat vähimmäisvaatimukset eikä heillä ole 57 artiklan mukaisia poissulkemisperusteita. ”Osallistumishakemuksia tai tarjouksia jätettäessä hankintaviranomaisten on hyväksyttävä yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja, jossa on päivitetty oma lausunto viranomaisten tai kolmansien osapuolten antamia todistuksia korvaavaksi alustavaksi näytöksi, jolla vahvistetaan, että asiaankuuluva talouden toimija täyttää vaatimukset”. Tätä vakuutusta kutsutaan nimellä yhteinen eurooppalainen hankinta-asiakirja eli ”European Single Procurement Document eli ESPD ”. Lisäksi hankintayksikkö velvoitetaan tarkistamaan voittaneelta tarjoajalta vaadittavat asiakirjat ennen hankintasopimuksen allekirjoittamista.

Uuden hankintadirektiivin (2014/24/EU) mukainen kansallinen lainsäädäntö on pantava täytäntöön 18.4.2016 mennessä, joten siihen saakka

¹¹² Mononen (2004) s. 1388

hankintayksiköiden on käytettävä entisiä riskienhallintakeinoja. Hankintayksikön olisi tarjouspyyntöasiakirjassa pyydettävä enemmän selvityksiä vähimmäisvaatimuksista. Voisiko hankintayksikkö vaatia tarjouksen liitteeksi esimerkiksi vähimmäisvaatimukset täyttävistä toimitiloista ehdollista vuokrasopimusta tai kelpoisuusehdot täyttävän henkilöstön olemassaolon varmistamiseksi ehdollista työsopimusta tai työntekijän suostumusta työtehtävään? Olisivatko nämä kohtuuttomia vaatimuksia? Jotain enemmän hankintayksikön pitäisi kuitenkin vaatia kuin vain rasti ruutuun tarjousasiakirjassa, että vähimmäisvaatimukset täyttyvät.

Sopimusneuvotteluiden kirjaaminen muistioihin on Tievan mielestä erittäin tärkeää¹¹³. Näillä muistioilla voidaan osoittaa sopimusneuvotteluiden kulku, neuvotteluihin osallistuneet, neuvotteluiden lukumäärä ja se, mitä niiden aikana on sovittu. Tällaisista kirjauksista olisi ollut suuri apu, mikäli tämä kuvitteellinen riski olisi aktualisoitunut ja sopimusneuvotteluiden kustannuksia olisi vaadittu maksettavaksi vahingonkorvausoikeudenkäynnissä.

7.2.3. Sopimuksesta prosessina

Sopimus voidaan käsittää pelkkänä dokumenttina, asiakirjana. Mutta se voidaan käsittää myös prosessina, jonka lopputuotteena syntyy tämä dokumentti eli sopimus. Sopimus ei ole pelkkä pistemäinen hetki, jolloin sopimus allekirjoitetaan, vaan se voi olla jopa vuoden kestävä prosessi, jolloin sopimusta valmistellaan. Neuvottelujen aikana sopimusosapuolten välille syntyy yhteinen näkemys sopimuksen sisällöstä ja pikkuhiljaa myös luottamuksen ilmapiiri. Erityisen tärkeää on se, mitä tapahtuu sopimuksen allekirjoittamisen jälkeen. Sopimuksen allekirjoittamisesta alkaa sopimuksen pääasiallinen tehtävä eli varsinainen sopimuskausi, joka voi olla vuosien mittainen. Sopimuksella määritellään tätä allekirjoittamisen jälkeistä aikaa tilaajan ja tuottajan näkökulmasta.

Pöyhönen (nykyisin Karhu) esittää väitöskirjassaan, että sopimuksen syntyminen on prosessi ja että sopimus syntyy vaiheittain. Hänen mielestään

¹¹³ Tieva (2009) s. 906

sopimusneuvotteluissa ei olla enää sopimuksen ulkoisessa tilanteessa, muttei vielä täydellisessä sopimusvastuussakaan. Tätä tilannetta hän kutsuu välitilailmiöksi.¹¹⁴

Hankintalainsäädäntö ilmeisesti käsittää sopimusvastuun syntymisen pistekäsityksen kautta. Pöyhönen määrittelee pistekäsityksen siten, että täysi sopimusvastuu syntyy sopimuksen tekohetkellä ja se loppuu silloin, kun sopimus päättyy. Sopimusvastuuta joko on tai sitä ei ole, välimuotoja ei tässä käsityksessä tunneta.¹¹⁵ Hankintalainsäädännön mukaan sopimusvastuu syntyy vasta hankintasopimuksen allekirjoituksella, riippumatta esimerkiksi siitä, että hankintasopimuksesta olisi käyty pitkiäkin neuvotteluita. Oma ajatukseni kuitenkin tukisi enemmän sitä ajatusta, että sopimus syntyy prosessina. Mitä pidemmälle on edetty sopimuksentekoprosessissa, sitä suurempi olisi sopimusvastuu. Täysi sopimusvastuu syntyisi hankintasopimuksen allekirjoituksen jälkeen.

Pöyhösen sopimuksen syntymisen prosessikäsityksen mukaan sopimus syntyy vaiheittain¹¹⁶. Voidaanko ajatella niin, että sopimuksen kaltainen tila voidaan katsoa syntyneen tarjoajien muutoksenhakuajien jälkeen ja että muutoksenhakuajan jälkeen voitaisiin soveltaa sopimusoikeudellisia periaatteita? Tarjoajien valitusajan umpeuduttua molemmat osapuolet alkavat valmistautua sopimuksen syntymiseen ja voivat luottaa siihen, että sopimus syntyy. Hankintapäätöksen jälkeen valittu toimittaja ja hankintayksikkö eivät ole vielä sopimussuhteessa, mutta tarjoajien valitusajan päättymisen jälkeen mitä enemmän sopimusta valmistellaan, sitä suuremmassa määrin voidaan soveltaa sopimusoikeudellisia periaatteita. Ongelmallista tilanteesta on se, että tarjoajan ja hankintayksikön muutoksenhakuajat ovat erimittaiset. Olisiko niin, että tarjoaja siirtyy sopimuksen kaltaiseen tilaan oman muutoksenhakuajansa umpeuduttua ja tilaaja sitten, kun hankintayksikön muutoksenhaku aika on umpeutunut? Hankintasopimuksen allekirjoittamisen jälkeen sopimusoikeudellinen suhde olisi kuitenkin kokonaisvaltainen. Pöyhönen arvioi sopimusosapuolten vastuita itsenäisesti ja esittää esimerkkinä kuluttajan ja

¹¹⁴ Pöyhönen (1988) s. 222 alaviite

¹¹⁵ Pöyhönen (1988) s. 212

¹¹⁶ Pöyhönen (1988) s. 222

elinkeinonharjoittajan suhdetta¹¹⁷. Tällainen eriaikainen sopimusvastuiden syntyminen voisi tulla kysymykseen myös tässä tapauksessa eli tilaajan ja tarjoajan kohdalla. Tarjoaja on aikaisemmin sopimusvastuussa kuin tilaaja, koska tilaajan muutoksenhaku-aika on pidempi.

Karhu (entinen Pöyhönen) on laajentanut prosessikäsitystään myös vahingonkorvausoikeuteen ja hänen mukaansa vahingonkorvausvastuu ei synny tiettyinä hetkenä ja vastuu voi muuttua ajallisesti¹¹⁸. Sopimusneuvotteluiden jatkuessa vahingonkorvausvastuu lisääntyy ajan kuluessa ja sopimusneuvotteluiden jatkuessa.

Aalto-yliopistossa on toteutettu PRO2ACT- hanke, jonka tarkoituksena on ollut lisätä ymmärrystä siitä, että julkiset hankinnat ovat osa sopimustoimintaa ja sen tarkoituksena on luoda tilaajalle ja tuottajalle yhteiset tavoitteet sopimuskauden ajaksi. Hankkeen loppuraportissa kuvattiin onnistuneesti tavoitetta: ”päähuomio tulee kiinnittää juristien ja hallinnollisten toimien sijaan itse tavoitteen eli onnistuneen hankinnan saavuttamiseen”. Hankeen tuloksissa korostettiin hankintayksikön eri ammattiryhmien yhteistyötä sopimusta valmisteltaessa. Lakimiehet on syytä ottaa sopimuksen valmisteluun jo hankintaprosessin suunnitteluvaiheessa eikä vasta siinä vaiheessa, kun kilpailutus on jo suoritettu¹¹⁹. Hanke on tuottanut sopimusprosessista mallinnuksen, jonka avulla hankintayksiköt voivat viedä eteenpäin sopimusprosessiaan¹²⁰. Suurilla yrityksillä ja hankintayksiköillä on tarve yhdenmukaistaa sopimusprosessiaan. Prosessin hallittavuus on hankalaa, koska yritykset sijaitsevat monessa eri paikassa tai sopimuksia tekevät useat eri henkilöt. Mallinnuksen avulla ei tulisi kuitenkaan yhdenmukaistaa prosessia liian pitkälle, koska mallista saattaa tulla liian jäykkä eikä se enää takaa hyvää lopputulosta eli onnistunutta hankintaa¹²¹.

¹¹⁷ Pöyhönen (1988) s. 224

¹¹⁸ Pöyhönen (1999) s.351–359

¹¹⁹ Nystén-Haarala, Lee, Lehto (2010) s.473

¹²⁰ Koskelainen, Pohjonen, Anttila, Passera (2013) s. 8-13

¹²¹ Nystén-Haarala, Lee, Lehto (2010) s. 473

Hankintayksiköissä tulisi siis lisätä sopimusosaamista ja nimenomaan ennakoivaa sopimista. Haapion kuvaa ennakoivaa sopimista pyramidina, jonka kivijalkana on hyvä projektin ja sopimuksen johtaminen. Pyramidi koostuu kerroksista, joissa pyritään eliminoimaan, minimoimaan ja hallitsemaan sopimuksen aikaisia ongelmatilanteita.¹²² On erityisen tärkeää ottaa jo tehdyistä sopimusprosesseista opikseen ja käyttää tieto seuraavan kilpailutuksen suunnittelussa. Tämä vaihe sopimusprosessista jää usein tekemättä.¹²³

Sopimuksen pistekäsityksen mukaan, kuten julkisissa hankinnoissa, muuttuvia olosuhteita ei juuri koskaan oteta huomioon¹²⁴. Jos tarjouspyyntöä olisi muuttuneiden olosuhteiden vuoksi tarpeen muuttaa, sitä ei ole voi tehdä hankintaoikaisullakaan. Hankintamenettely on keskeytettävä ja järjestettävä uusi kilpailutus. Jos taas muuttunut tarve ilmenee hankintasopimuksen allekirjoituksen jälkeen, niin hankintalaissa on säädös suorahankinnasta. Hankintalain 28§ säättää suorahankinnasta lisätilauksena. ”Hankintayksikkö voi tehdä suorahankinnan, kun kyseessä on alkuperäiseen hankintasopimukseen sisällymätön lisäpalvelu tai lisäurakka, joka hankitaan alkuperäiseltä toimittajalta ja joka on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi palvelun tai urakan toteuttamiselle sellaisena kuin se on alun perin määritelty”. Yksityisten yritysten välisissä sopimuksissa tällainen joustava sopimus on mahdollinen ja se perustuu yhteisen luottamuksen pohjalle¹²⁵, mutta julkisissa hankinnoissa sopimuksen muuttuessa erilaiseksi voidaan ajatella hankinnankin muuttuneen kokonaan toiseksi ja se pitää kilpailuttaa uudelleen. Uuden hankintadirektiivin mukaan ”hankintamenettelyssä hankintaviranomaisilla olisi oltava mahdollisuus tehdä pitkäaikaisia innovaatiokumppanuuksia uusien, innovatiivisten tuotteiden, palvelujen tai rakennusurakoiden kehittämistä ja myöhempää ostamista varten sillä varauksella, että tällaiset innovatiiviset tuotteet tai palvelut tai innovatiiviset rakennusurakat vastaavat sovittuja suoritustasoja ja kustannuksia, tarvitsematta erillistä hankintamenettelyä

¹²² Haapio (2007) s. 44

¹²³ Nystén-Haarala, Lee, Lehto (2010) s. 473

¹²⁴ Karhu (2004) s. 1452

¹²⁵ Karhu (2004) s. 1452–1454

ostamista varten.” Jos näin olisi, myös joustava sopimus olisi julkisissa hankinnoissa mahdollinen.

7.2.4. Kaksi eri tuomioistuinta, kaksi eri päätöstä?

Markkinaoikeus erityistuomioistuimena ja korkein hallinto-oikeus tuomitsevat hankinta-asioita hankintalain perusteella, mutta yleiset tuomioistuimet eivät sovelle niinkään hankintalakia vaan toimivat yksityisoikeudellisiin oikeusperiaatteisiin ja lainsäädäntöön perustuen. Hankintayksikkö ei esimerkiksi voi saada hyvitysmaksua, kuten tarjoaja. Tarjoaja voi viedä asian sekä markkinaoikeuteen, että kärjäoikeuteen. Markkinaoikeus tuomitsee hankintayksikön maksamaan tarjoajalle hyvitysmaksua ja jos tarjoaja vie saman asian yleiseen tuomioistuimeen, kärjäoikeus voi päätyä erilaiseen ratkaisuun, koska tulkitsee asiaa toisesta näkökulmasta. Hallituksen esityksessäkin on pohdittu tätä problematiikkaa. Onko oikea ratkaisu, että julkisten hankintojen riita-asiat on hajautettu kahden eri tuomioistuinlaitoksen ratkaistavaksi? Oikeustaloustieteen näkökulmasta varmaankaan ei ole.

Tulisiko tätä kahden tuomioistuimen tilannetta tulkita niin, että hankintalainsäädäntö määrittelee tarjoajien oikeudet hankintayksikköä kohtaan ja muu lainsäädäntö hankintayksikön oikeuksia tarjoajia kohtaan, koska hankintayksikkö on julkisoikeudellinen toimija ja tarjoajat toimivat yksityisellä sektorilla. Julkisen toimijan virheistä valitetaan markkinaoikeuteen sekä hallintotuomioistuihin ja yksityisen toimijan virheistä yleisiin tuomioistuihin. Onko niin, että hankintalainsäädännön mukaisissa hankintamenettelyissä tarjoajaa ja hankintayksikköä säätelevät eri säännöt? Koska tarjoajat ovat yksityisiä toimijoita, heitä esimerkiksi sitoo laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Hankintayksikön toimia arvioidaan julkisoikeuden ja tarjoajia yksityisoikeuden periaatteiden mukaisesti.

Oikeusvarmuus ja ennustettavuus eivät ole täysin parhaimmalla tasolla tässä kahden eri tuomioistuimen mallissa. Esimerkiksi Tyrnävän kunnan hankinta-asiassa koskien jääalueiden ja latujen kunnossapitoa Oulun kärjäoikeus antoi mielenkiintoisen päätöksen 19.12.2013. Siinä tarjoaja ei ollut käyttänyt lainkaan valitusoikeuttaan markkinaoikeuteen eikä myöskään tehnyt hankintaoikaisua

hankintayksikköön. Mutta näiden valitusaikojen umpeuduttua ja päätöksen saatua lainvoiman, tarjoaja oli tehnyt vahingonkorvausvaatimuksen Oulun käräjäoikeuteen. Hän oli vaatinut vahingonkorvauksena saamatta jäänyttä voittoa eli positiivista sopimusetua. Oulun käräjäoikeus tuomitsi hankintalain 107§:n mukaisena vahingonkorvauksen hankintayksikön tuntuviin vahingonkorvauksiin. Hankintayksikkö on valittanut asiasta hovioikeuteen.

Yhtenä ongelmana tässä kyseisestä tapauksesta seuraa se, miten käy luottamuksensuojan, jos velan vanhentumiseen saakka voidaan lähteä käymään vahingonkorvausoikeudenkäyntiä käyttämättä ensisijaisia muutoksenhakukeinoja eli reaali-keinoja, vaikka päätös on saanut jo lainvoiman? Periaatteessa tällainen toiminta on siis mahdollista. Tämä toimintatapa asettaa haasteita hankintayksikön riskienhallinnalle ja ennakoinnille.

7.2.5. Jatkotutkimukset

Jos hankintayksikön vahingonkorvausoikeudesta olisi enemmän hankintayksiköillä tietoa, olisiko vahingonkorvausoikeudenkäyntejä enemmän? Johtuuko vahingonkorvausten vähäinen määrä tietämättömyydestä hankintayksikön vahingonkorvausoikeudesta vai siitä, että hankintayksiköt vain kärsivät aiheutuneet lisäkustannukset tekemättä vahingonkorvausvaatimusta? Havu pohti asfalttikartellitapausten yhteydessä hankintayksiköiden kärsimiä vahinkoja ja sitä, että kilpailurajoituslaki säättää vain elinkeinonharjoittajan oikeudesta vahingonkorvaukseen.¹²⁶ Tilanne on aivan samoin hankintalain yhteydessä; vain elinkeinonharjoittaja voi saada vahingonkorvausta. Helsingin käräjäoikeuden ratkaisun mukaan kilpailurajoituslain perusteella hankintayksikön vahingonkorvaus on mahdollista. Asian puinti jatkuu Helsingin hovioikeudessa, mutta käräjäoikeuden ratkaisu oli mielestäni oivallinen muistutus hankintayksiköiden vahingonkorvausoikeudesta.

Toisaalta voidaan miettiä, ovatko hankintayksikön ylimääräiset kustannukset niin pieniä verrattuna oikeusjutun kustannuksiin, että oikeusprosessiin ei ole

¹²⁶ Havu (2010)s. 2

halukkuutta lähteä? Nämä vähäiset kustannukset voivat olla epävarman onnistumisen lisäksi varsinaiset syyt oikeustapausten vähyyteen.

Tätä sopimuksentekovaiheessa esiin tulleen tarjoajan puutteellisen kelpoisuuden käytännön ongelman ratkaisua oli todella mielenkiintoista johdatella eteenpäin, mutta mielenkiintoista olisi myös jatkossa laajentaa tätä tutkimusta. Lähtisin selvittämään syitä vähäiseen vahingonkorvausoikeudenkäyntien määrään hankintayksikön näkökulmasta. Selvitystä olisi syytä tehdä hankintayksiköihin suunnatun kyselytutkimuksen avulla, missä kysyttäisiin tämän kaltaisen ongelman yleisyyttä ja sitä, minkä vuoksi hankintayksiköt eivät ryhdy viemään vahingonkorvausvaatimuksiaan eteenpäin. Tällainen tutkimus toisi uutta tietoa hankintayksiköiden hankintaosaamisesta ja mahdollisesti toisi esille kehittämisenäkökulmia uutta kansallista hankintalainsäädäntöä laadittaessa.